Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, insbesondere das gegenseitige Verhältnis des Besitzmittlers und des mittelbaren Besitzers.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

am Mittwoch, den 28. Oktober 1903, vormittags 10½ Uhr

in der

Aula Leopoldina der Königlichen Universität

gegen die Herren Opponenten

Referendar Herzog }
Referendar Huch } aus Neisse

öffentlich verteidigen wird

Albert Franke,

Referendar aus Neiße.

1903.

M. Bartels, Rybnik O/S.

Dem Andenken seiner geliebten Eltern

in

Dankbarkeit gewidmet.

**Zur Lehre vom mittelbaren Besitz,
insbesondere das gegenseitige Verhältnis des Besitzmittlers
und des mittelbaren Besitzers.**

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll die Behandlung der in der Litteratur sehr bestrittenen Frage sein, ob und in welchem Umfange in dem wechselseitigen Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum Besitzmittler Besitzschutz gegeben ist. Mit der Bezeichnung „Besitzmittler" soll der Inhaber der Sachgewalt im Sinne des § 854 B.G.B. mit Becker und Fischer bezeichnet werden, weil, wie Kniep (Besitz des B.G.B. Jena 1900 S. 79) mit Recht bemerkt, der Ausdruck „unmittelbarer Besitzer" nicht auf einen daneben stehenden mittelbaren Besitz schließen läßt, und auch das B.G.B. eine derartige Unterscheidung nicht macht. Für die Beantwortung der Frage nach Zulässigkeit und Umfang des Besitzschutzes in diesem wechselseitigen Verhältnis ist es notwendig, die Voraussetzungen und den Umfang des Besitzschutzes einerseits, und das Wesen des mittelbaren Besitzes andererseits festzustellen.

§ 1. Der Besitzschutz.

Schon im bisherigen Rechte hatte man, fußend auf der Anschauung des Volkes, daß der Besitz ein schutzbedürftiges Gut sei, demselben einerseits dadurch Schutz gewährt, daß man den allgemeinen Satz aufstellte: vim ne facias possidenti, andererseits hatte man ihn dadurch geschützt, daß man dem Besitzer zum Schutze seines ruhigen Besitzstandes auch ein Klagerecht gewährte.

Das römische Recht, das zwei sich scharf gegenüberstehende Besitzarten kannte, den juristischen Besitz (possessio) und die im Allgemeinen schutzlose Inhabung (detentio), gewährte dem ersteren den Besitzschutz in Gestalt der sogen. Interdikte, die sich in 2 Klassen scheiden ließen, die interdicta retinendae possessionis (uti possidetis und utrubi) und die interdicta recuperandae possessionis (unde vi und de precario.) Während die ersteren die Aufrechterhaltung des bestehenden Besitzstandes gegen Störungen und sonstige Eingriffe bezweckten, sollten die letzteren die Wiedererlangung des verloren gegangenen Besitzes herbeiführen. Außer diesen Rechtsmitteln war dem Besitzer bei Eingriffen in seinen Besitzstand auch das allgemeine Recht zur Selbsthilfe gegeben, das ihn ermächtigte: vim vi repellere.

Ganz anders das deutsche Recht, das einen Besitz in dem soeben angegebenen Sinne und auch einen besonderen rein possessorischen Schutz nicht kannte. Nach ihm stellte das Institut der Gewere, „das jeder dinglichen Berechtigung an der Sache Ausdruck geben wollte“ (cf. Huber: Bedeutung der Gewere, Bern 1894, S. 25), das Aequivalent für den fehlenden Besitz dar, und der Schutz, welcher diesem tatsächlichen Verhältnis gewährt wurde, betraf im Grunde das Recht selbst (cf. Huber a. a. O. S. 46). Die Frage, wem die Gewere gebühre, wurde als eine im Hauptverfahren um das Gut zu entscheidende Vorfrage behandelt (cf. Gierke in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Lieferung, S. 483).

Bei dem Gegenübertreten des römischen und deutschen Rechts trat zwar der Begriff der Gewere in den Hintergrund und es siegte die Besitzlehre des römischen Rechts, nicht aber, ohne von den eingewurzelten deutschrechtlichen Anschauungen in wesentlichen Punkten beeinflußt zu sein. So wurde insbesondere der Besitzbegriff über den juristischen Besitz des römischen Rechts hinaus auf Fälle ausgedehnt, in denen Gewere im deutschen Sinne vorhanden war (cf. Huber a. a. O. S. 70), und es mischten sich petitorische Elemente, deren Ausschluß vom römischen Recht streng durchgeführt war, in den Besitzprozeß ein. Aus dem interdictum uti possidetis wurde dann das possessorium ordinarium, das als eine Klage aus „älterem titulierten" Besitz anzusehen ist und auf petitorischer Grundlage beruhte. Daneben wurde das possessorium sumarissimum als einziger rein possessorischer Rechtsbehelf zur vorläufigen Regelung des Besitzstandes eingeführt, bei welchem derjenige, welcher die letzte ruhige Besitzhandlung nachweisen konnte, den Besitz der Sache erhielt. Weiter wurde der Besitzschutz durch Einführung der actio spolii erweitert, die auch dem selbstständigen Detentor (Mieter &c.) dann gegeben wurde, wenn der Besitz ohne den Willen des Besitzers verloren geangen war.

Das Pr. A. L. R. unterschied Besitz und Inhabung, je nachdem der animus possessionis vorhanden war oder nicht (cf. Fischer, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts Berlin 1887 S. 164). Beiden Personen, dem Besitzer und dem Inhaber, giebt das A.L.R., sofern die Hilfe des Staates zu spät kommen würde, das Recht, Gewalt mit Gewalt abzuwehren und sich mit Gewalt den entzogenen Besitz bezw. die Inhabung wieder zu verschaffen (§§ 142, 143 I. 7).

Ferner stand dem Besitzer für den Fall der Entsetzung eine Forderung auf Wiedereinräumung des Besitzes, und im Falle der Störung eine solche auf Beseitigung und Unterlassung weiterer Störung zu (I. 7 §§ 150, 146). Das gemeinrechtliche possessorium ordinarium wurde im A. L. R. zu einer unverkennbar petitorischen Klage aus dem besseren Recht (I. 7 §§ 161 ff).

Das B. G. B. hat, und darin ist eine Anlehnung an das römische Recht nicht zu verkennen, in den §§ 858 ff einen Besitzschutz gegeben, dessen wesentlichste Eigenschaft sein rein possessorischer Charakter ist. Die Frage nach dem Recht wird nicht berührt, weder Klage noch Einrede kann auf das Recht gestützt werden.

Es gewährt einerseits dem Besitzer das Recht der Selbsthilfe, andrerseits giebt es ihm Schutz durch Gerichtshilfe.

Von diesem rein possessorischen Schutz soll im Folgenden die Rede sein. Ergänzend soll nur noch der dem Besitzer im § 867 gegebene Abholungsanspruch besprochen werden.

Als Voraussetzung jeglichen Besitzschutzes, mit Ausnahme des im § 867 gegebenen Anspruchs, stellt das B. G. B. das Vorliegen verbotener Eigenmacht auf (§ 858 Abs. 1). Hierunter versteht man jede vom Gesetz nicht gestattete und gegen den Willen des Besitzers, also entweder trotz seines Widerspruches oder doch ohne seine Zustimmung vorgenommene Einwirkung, Handlung, auch jede Bedrohung, durch welche der Besitz gestört oder gänzlich entzogen wird. (cf. Cosack, Sachenrecht, Jena 1899 Bd. II. Abt. I. S. 80). Gleichgültig für den Begriff der verbotenen Eigenmacht ist es, ob der Thäter mit offener Gewalt oder heimlich den Besitzstand verletzt. Nur dann liegt eine Handlung verbotener Eigenmacht nicht vor, wenn dieselbe vom Gesetze besonders gestattet ist, so z. B. in den Fällen der §§ 227 ff., 561, 904 u. a. Gleichgültig ist ferner, ob das Verbot vorsätzlich oder fahrlässig oder schuldlos übertreten wird (Denkschrift S. 162); es genügt das Vorliegen einer objektiven Beeinträchtigung des bestehenden Besitzstandes, um die Besitzansprüche in's Leben zu rufen. Ist der Besitz schuldhafter Weise verletzt worden, so wird dadurch für den Besitzer gegen den Thäter auch der jeder unerlaubten Handlung folgende Schadensersatzanspruch gemäß § 823 B. G. B. begründet.

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz wird im § 858 Abs. 2 für fehlerhaft erklärt und es werden zu seiner Beseitigung bzw. zur Wiederherstellung des ursprünglichen Besitzstandes in den §§ 859 ff. dem Besitzer sowohl Selbstschutz als auch gerichtliche Hilfe gewährt. Diesen rein possessorischen Besitzschutzmitteln reiht sich als Ergänzung im § 867 noch ein Abholungsanspruch an, demzufolge der Besitzer einer Sache, die aus seiner Gewalt auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, von dem Besitzer dieses Grundstücks die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache verlangen kann.

Was zunächst das dem Besitzer in § 859 gewährte Selbsthilferecht anlangt, so richtet sich dasselbe, was hier vorausgeschickt werden soll, ebenso wie die Besitzklagen gegen den Eigenmächtigen und diejenigen Personen, welche die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gemäß § 858 Abs. 2 gegen sich gelten lassen müssen,

also den Erben des Täters schlechthin und denjenigen, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe kannte. Allen anderen Personen gegenüber versagt der vom B.G.B. gewährte Besitzschutz und es kann gegen sie nur ein Recht zum Besitze geltend gemacht werden.

Das im § 859 gewährte Selbsthilferecht zerfällt nun in ein Abwehrrecht (Abs. 1) und ein Angriffs- und Wiederbemächtigungsrecht (Abs. 2 und 3). Je nach Lage der Sache und nach Maßgabe der Stärke des gegnerischen Eingriffs in den Besitzstand wird der Besitzer bald zu dem einen, bald zu dem anderen Rechte greifen können. Ist sein Besitz bedroht oder auf andere Weise widerrechtlich beeinträchtigt, so darf er sich „verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren." Ist ihm der Besitz durch die Handlungen des Gegners bereits entzogen, so darf er sich mit Gewalt wieder in den Besitz der Sache setzen. Hierbei unterscheidet das Gesetz, je nachdem es sich um eine bewegliche Sache (§ 859 Abs. 2) oder ein Grundstück handelt (Abs. 3). Die erstere darf er im Wege der sogenannten „Nacheile", ein Grundstück sofort nach der Entziehung durch Entsetzung des Täters wieder an sich bringen.

Das im § 859 Abs. 1 behandelte Abwehrrecht, auf Grund dessen der Besitzer „sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren kann", gewährt im Gegensatz zu der negativen Fassung des § 227 dem Besitzer in positiver Form die Befugnis zur Abwehr der gegen seinen Besitzstand gerichteten rechtswidrigen Eingriffe. (Motive Bd. III S. 112).

Wenn die Meinung vertreten wird, daß die Bestimmung in § 859 Abs. 1 nichts weiter als eine Wiederholung der Vorschrift des § 227 über Notwehr und deshalb entbehrlich sei, so ist dies unrichtig. Zwar werden die Voraussetzungen des § 227 oft vorliegen, sodaß in solchen Fällen auch dieses Recht zur Anwendung kommen kann, aber die Bestimmung in § 859 Abs. 1 geht insofern weiter wie jenes Recht, als sie sich nicht nur gegen den Angreifer, sondern auch gegen Dritte, z. B. dessen Erben ꝛc. richten kann. Dann ist sie auch nicht auf einen gegenwärtigen Angriff wie das Recht in § 227 beschränkt, sondern setzt für ihre Anwendbarkeit nur eine gegenwärtige vorübergehende tatsächliche Behinderung voraus, während oft der Angreifer nicht mehr gegenwärtig ist, und wird auch nicht nur bei Angriffen, sondern auch bei heimlichen Handlungen begründet (cf. auch Kniep a. a. O. S. 324). Endlich aber kann bei dem Notwehrrechte

des § 227 jeder Dritte eingreifen, während bei dem Rechte des § 859 Abs. 1, und hierin zeigt sich eine Einschränkung gegenüber jenem, nur der Besitzer oder der Besitzdiener die Abwehrhandlung vornehmen darf.

Bei dem weiten Umfange des Begriffs der verbotenen Eigenmacht muß auch das zu ihrer Begegnung gegebene Abwehrrecht einen möglichst weiten Umfang haben, und es hieße, das Recht des § 859 Abs. 1 verkümmern, wollte man es mit dem Notwehrrechte des § 227 indentificieren.

Natürlich muß ein so weitgehendes und mit allen Mitteln zulässigerweise verfolgbares Recht in einer dem konkreten Falle entsprechenden und genügenden Weise angewandt werden; das heißt, der Besitzer darf nur diejenige Gewalt anwenden. die zur Abwehr der entgegenstehenden Gewalt erforderlich ist, sonst macht er sich schadensersatzpflichtig (Motive Bd. III. S. 113.)

Die beiden folgenden Absätze des § 859 geben dem Besitzer, wie schon erwähnt, ein Wiederbemächtigungsrecht. Beide Bestimmungen setzen voraus, daß der Besitz der beweglichen Sache oder des Grundstücks dem Besitzer durch die eigenmächtige Handlung des Gegners bereits entzogen ist, und geben für diesen Fall dem Besitzer das Recht, seinen früheren Besitzstand durch gewaltsame Wegnahme der Sache bezw. des Grundstücks wiederherzustellen. Ferner ist den beiden Vorschriften gemeinsam, daß die Ausübung des Wiederbemächtigungsrechtes an eine zeitliche Grenze gebunden ist; und zwar ist es bei beweglichen Sachen darauf beschränkt, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter die Sache abzunehmen; bei Grundstücken ist für die Ausübung des Wiederbemächtigungsrechtes der Zeitpunkt der Entsetzung bezw. die Zeit sofort nachher maßgebend. Weiterhin haben Abs. 2 und Abs. 3 gemeinsam, daß sie ähnlich wie das im Abs. 1 gegebene Verteidigungsrecht nicht den Beschränkungen des im § 229 gewährten allgemeinen Selbsthilferechts unterliegen.

Hiernach ist wieder, ausgenommen die vorerwähnte zeitliche Beschränkung, für die Ausübung der Rechte die einzige Grenze die, daß er bei der Gewaltanwendung nicht weiter geht, als zur Wiedererlangung seines Besitzes erforderlich ist.

Nach § 859 Abs. 2 darf der Besitzer einer beweglichen Sache, welchem dieselbe mittels verbotener Eigenmacht weggenommen worden ist, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter die Sache mit Gewalt wieder abnehmen. Die Verfolgung muß sich der Tat unmittelbar anschließen und es

darf keine Zeit verstreichen, in welcher der Täter den ruhigen Besitz der Sache erlangt hatte. Bei Ausdehnung der Verfolgung ist der Besitzer in keiner Weise beschränkt; er kann vielmehr auch in das Haus des Täters eindringen, ohne sich des Hausfriedensbruches schuldig zu machen. (Prot. II. Les. Bd. III. S. 39.)

Der Abs. 3 des § 859 giebt dem Besitzer eines Grundstücks, welchem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist, das Recht, sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder zu bemächtigen. Es fragt sich nur, wie der Ausdruck „sofort" aufzufassen ist. Derselbe ist nicht identisch mit dem vom B.G.B. öfters gebrauchten Ausdruck „unverzüglich", denn dann könnte der Entsetzte noch längere Zeit nach Verübung der Entsetzungshandlung gegen den Täter mit Gewalt vorgehen, wenn er den Nachweis erbringen könnte, daß er „ohne schuldhaftes Zögern" (cf. § 121) nicht früher hierzu in der Lage war. Dies hat das Gesetz wegen der leicht möglichen Störungen des Rechtsfriedens vermeiden wollen, indem es das Recht zur Entsetzung des Täters an die sofortige Vornahme der hierauf gerichteten Angriffshandlungen knüpft. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß zwischen der Entsetzungs- und Wiederbemächtigungshandlung nicht doch ein gewisser Zwischenraum liegen dürfe. In der Regel wird sogar ein solcher notwendig sein, um die zur Entsetzung des Täters erforderlichen Vorbereitungshandlungen vorzunehmen. Jedoch darf dieser Zeitraum nicht so groß sein, daß der Täter in den ruhigen Besitz des Grundstücks gelangt wäre (cf. Prot. III. S. 40 und Anm. 5 zu § 859 bei Fischer-Henle, wo das Selbsthilferecht zugelassen wird, wenn es nur „binnen kurzer Frist" ausgeübt wird). (a. M. Endemann: Einführung in das Studium des B. G. B. Bd. II. Sachenrecht Berlin 1898 S. 175, welcher das Selbsthülferecht zuläßt von dem Augenblicke, wo die Entsetzung „objektiv nach Außen in die Erscheinung tritt", was oft erst Monate lang nach der Entsetzung der Fall sein kann.)

Aus dem bisher Gesagten ist ersichtlich, daß der Selbsthilfeschutz des § 859 dem Besitzer zwar gewährt wird, daß er aber infolge der vom Gesetze beigefügten Beschränkungen tatsächlich nicht oft zur Anwendung gelangen wird. Der Regelfall wird vielmehr der sein, daß der Besitzer von dem ihm in den §§ 861, 862 gewährten Gerichtsschutz Gebrauch macht. Derselbe ist dem Besitzer vom Gesetze als Ergänzungsmittel für den vielleicht nach Lage des Falles an sich unstatthaften oder aussichts-

losen Selbstschutz gewährt und hauptsächlich zu dem Zwecke gegeben, den Zustand wieder herzustellen, welcher durch erlaubte Gewalt hätte aufrecht erhalten oder wiederhergestellt werden können, wenn der Besitzer hierzu im richtigen Zeitpunkte Willens und in der Lage gewesen wäre (cf. Motive Bd. 3 S. 109).

Im Anschluß an das gemeine Recht hat auch das B.G.B. zwischen den Fällen der Besitzstörung und Besitzentziehung unterschieden. Während aber das römische Recht durch Gegenüberstellung der Worte retinere und recuperare einen Gegensatz erreichen wollte und auch erreichte, ist dies nach B.G.B. nicht möglich, denn die Begriffe „Störung" und „Entziehung" sind nicht wirkliche Gegensätze, sondern die „Entziehung" ist nur eine besonders starke Form der „Störung", und je nach dem Grade der Einwirkung und der Stärke des gegnerischen Angriffs ist die eine oder die andere Klage gegeben. (cf. Gaertner: „Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Rechte" in Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, herausgegeben von R. Leonhard. S. 162.)

Nach § 861 wird dem Besitzer, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist, das Recht eingeräumt, die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen zu verlangen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Während diese Klage für den Fall des stärksten Eingriffs in eine fremde Besitzsphäre, nämlich den Fall der gänzlichen Besitzentziehung, gegeben ist, richtet sich die Klage aus § 862 gegen jeden anderen widerrechtlichen Eingriff in einen bestehenden Besitzstand; denn § 862 bestimmt, daß der Besitzer, der durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört wird, von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen, und falls weitere Störungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen kann.

Gemeinsam ist den beiden Ansprüchen in §§ 861, 862, daß bei ihnen nicht wie bei dem vorher besprochenem Selbsthilferecht zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken unterschieden wird, und daß sie sich nicht nur gegen den Täter, sondern auch gegen den Besitznachfolger richten, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gemäß § 858 Abs. 2 gegen sich gelten lassen muß. Ferner können beiden Ansprüchen gegenüber petitorische Einwendungen nur nach Maßgabe des § 863 geltend gemacht werden. Weiterhin erlöschen die beiden Ansprüche gemäß § 864, insbesondere mit dem Ablauf eines Jahres nach Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn sie nicht vorher im Wege der

Klage geltend gemacht werden; denn das praktische Bedürfnis erfordert, daß der Geltendmachung von Besitzansprüchen enge zeitliche Schranken gesetzt werden. (cf. Denkschrift S. 166.) Endlich sind beide Ansprüche überhaupt ausgeschlossen, wenn der Besitz der in Anspruch genommenen Person oder deren Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung bezw. Störung erlangt worden ist. (cf. § 861 Abs. 2, 862 Abs. 2)

Was nun die beiden Besitzklagen im Einzelnen anlangt, so stützt sich die Besitzentziehungsklage des § 861 auf vorhanden gewesenen Besitz und verlangt unter der Behauptung, daß dieser Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sei, von dem Täter oder dessen rückgabepflichtigen Besitznachfolger die Wiedereinräumung des Besitzes. Auf welche Weise die Entziehung erfolgt ist, ob vi oder clam, ist gleichgültig; es genügt jede objektiv ohne den Willen des Besitzers erfolgte Entziehung. Was das Gesetz darunter versteht, ist mit dem im gewöhnlichen Leben geltenden Begriff der Entziehung identisch. Dieselbe liegt dann vor, wenn Jemandem durch die eigenmächtige Handlung eines Anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache vollständig benommen ist. Darnach ist die Klage dann nicht zulässig, wenn es sich um einen einfachen, zwar ohne den Willen des Besitzers, aber auch ohne jegliches Eingreifen dritter Personen erfolgten Besitzverlust handelt.

Die Besitzstörungsklage des § 862 setzt eine als „Besitzstörung" sich darstellende Handlung verbotener Eigenmacht voraus, d. h. die Handlung muß entweder in den tatsächlichen Besitzstand eingreifen oder der Besitzer muß durch dieselbe an der Vornahme der zur Ausübung und zur Erhaltung seines Besitzes notwendigen Besitzhandlungen gehindert werden.

Worin die Störung bestehen soll, und welchen Umfang sie haben muß, um den im § 862 gegebenen Anspruch in's Leben zu rufen, sagt das Gesetz nicht. Sie muß aber derartig sein, daß von einer „Beseitigung" derselben gesprochen werden kann. Aus dieser Ausdrucksweise des Gesetzes kann man schon darauf schließen, daß unter „Störung" etwas Tatsächliches, ein tatsächlicher Zustand zu verstehen ist, der fortwährend den Besitz beeinträchtigt; denn nur etwas tatsächlich Vorhandenes wird man „beseitigen" können. (cf. auch Denkschrift S. 112.) Im Allgemeinen wird also nicht jede Beeinträchtigung im Besitze,

jeder eigenmächtige Eingriff in die fremde Besitzsphäre, als eine „Besitzstörung" zu bezeichnen sein. Es wird vielmehr, wie die Motive (Bd. III. S. 125 ff.) ausführen, ein gewisses Moment der Dauer vorhanden sein müssen. Dies trifft dann zu, wenn entweder die Störung körperlich noch fortdauert, insbesondere bei Anlagen, die auf den Besitz des Nachbargrundstücks störend einwirken, — ein rein körperliches, physisches Moment — oder aber es ist ein Moment rein psychischer Art. Letzteres sehen die Motive (Bd. III. S. 126) darin, „daß durch die verbotene Eigenmacht unter den besonderen Umständen die Besorgnis weiterer Störungen erregt und ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen wird". Bei beiden Arten der Störung geht der Anspruch des Klägers auf die Beseitigung des durch die Störung verursachten körperlichen Zustandes bezw. auf die Wiederaufhebung der erregten Besorgnis und Herstellung des Zustandes der früheren Rechtssicherheit. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen (§ 862 Abs. 1). Indem für den Begriff der Besitzstörung das Moment der Dauer verlangt wird, soll der Benutzung der Besitzklagen zur Chikane vorgebeugt werden. (Eugen Josef, Archiv für bürgerl. Recht Bd. 15, S. 276) Es scheiden also für den Tatbestand des § 862 alle einmaligen und lediglich in der Vergangenheit liegenden Eingriffe in einen fremden Besitzstand aus (cf. Denkschrift S. 105). Es ist hier noch die Frage zu erörtern, ob wörtliche Aeußerungen, z. B. Bestreiten des Besitzes, insbesondere auch Drohungen, als Störungen im Sinne des § 862 anzusehen seien. Die Motive überlassen die Beantwortung dieser Frage der Auslegung durch Doktrin und Praxis.

Man wird aber auch für das B. G. B., wie dies die bisherige Praxis angenommen hat (cf. Entsch. des Bayr. Oberst. Gerichtshofs Bd. 3 S. 351, Bd. 8 S. 286 Bd. 13 S. 101, ferner Seufferts Archiv Bd. 12 No. 33, Bd. 34 No. 93 u. a.) Drohungen und andere wörtliche Eingriffe in einen fremden Besitzstand als „Besitzstörungen" ansehen können, wenn sie einen tatsächlichen Zustand der Rechtsunsicherheit herbeiführen, der fortwährend in dem Besitzer die Besorgnis weiterer Störungen erhält und ihn in der Ausübung seines Besitzes beeinträchtigt oder gar vollständig verhindert. Selbstverständlich muß die Besorgnis des Besitzers objektiv, und nicht nur in seiner Vorstellung begründet sein (cf. auch Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. III. Sachenrecht. Berlin 1902. Anmerk. 1a zu § 862). Also auch

in diesen Fällen wird dem Besitzer die Klage aus § 862 zustehen. (a. M. Dernburg: Das bürg. Recht Bd. III. Halle 1898 S. 79)

Es erübrigt, noch den dem Besitzer im § 867 zur Ergänzung seiner Ansprüche auf Wiedererlangung des Besitzes gegebenen Abholungsanspruch zu erörtern, der ihm gegeben ist für den Fall, daß seine Sache „aus seiner Gewalt auf ein im Besitze eines Anderen befindliches Grundstück gelangt ist;" dann soll der Grundstücksbesitzer verpflichtet sein, die Aufsuchung und die Wegschaffung der Sache zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist.

Im gemeinen Recht half die actio ad exhibendum gegenüber dem Nichtinhaber einer beweglichen Sache, der den Zutritt verweigerte, wenigstens insoweit, daß demjenigen, welcher das erforderliche rechtliche Interesse nachwies, exhibiert werden mußte. Die Exhibitionspflicht enthielt aber nicht die Verpflichtung zur Gestattung der Wegnahme. Das Pr. A. L. R. kennt für einzelne der einschlägigen Fälle ein besonderes Betretungsrecht, z. B. um Bienenschwärme, hinübergeschwemmte Fische oder Stämme zu holen (cf. I 9 §§ 122, 178, 293—296).

Das B. G. B. geht über die Grenzen des bisherigen Rechts hinaus, indem es dem Besitzer ganz Allgemein im § 867 einen Anspruch auf Aufsuchung und Wegschaffung seiner Sache giebt, die auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, vorausgesetzt nur, daß die Sache inzwischen noch nicht in Besitz genommen worden ist.

Das B. G. B. hilft durch Einführung des § 867 einem vorhandenen Bedürfnis ab. (Denkschrift S. 106). Einerseits wäre der Besitzer selbst auf Grund eines an der Sache ihm zustehenden Rechtes (Nießbrauchs, Pfandrechts), solange der Besitzer des fremden Grundstücks die Sache nicht in Besitz genommen hat, nicht in der Lage, die Herausgabe der Sache zu fordern, und es würde so „zur größten Unbilligkeit führen, wenn die tatsächliche Gewalt über das Grundstück benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die auf ein fremdes Grundstück gelangte Sache auszuschließen". (cf. Motive Bd. III. S. 298); andrerseits aber beginge der Sachbesitzer durch Betreten des fremden Grundstücks zum Zwecke der Aufsuchung seiner Sache verbotene Eigenmacht.

Deshalb verpflichtet das B.G.B. den Grundstücksbesitzer im § 867, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu dulden, ohne daß der Sachbesitzer genötigt wäre, den Klageweg

zu beschreiten. Das Gesetz giebt aber dem Grundstücksbesitzer billigerweise einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache entstanden ist, ohne Rücksicht darauf, ob dem Besitzer der Sache ein Verschulden zur Last fällt.

Voraussetzung des Anspruchs aus § 867 ist nur, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein fremdes Grundstück gelangt ist. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob dies durch Zufall oder die Handlung eines Dritten oder gar durch die eigene Handlungsweise des Sachbesitzers geschehen ist. Insofern unterscheidet sich der Anspruch in § 867 von den übrigen Besitzansprüchen, als er zur Entstehung nicht eine Handlung verbotener Eigenmacht voraussetzt. Voraussetzung ist aber auch weiter, daß die Sache inzwischen noch nicht in Besitz genommen worden ist. Ist dies geschehen, dann ist der Besitzer lediglich auf den Klageweg angewiesen.

Streitig ist nur, ob der Besitzer die possessorische oder petitorische Klage in diesem Falle anstrengen muß. (Fischer B.G.B. Anm. 4 zu § 867 giebt ihm je nach Lage des Falles, d. h. bei vorübergehender Behinderung in der Ausübung des Besitzes oder bei vollständigem Besitzverlust die possessor. oder petitorische Klage.)

Wenn das Gesetz im § 867 davon spricht, daß der Grundstücksbesitzer die Aufsuchung und Wegholung der Sache zu „gestatten" habe, so ist damit, wie Dernburg (Dernburg: „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. III. 1898, S. 84) und Biermann (Biermann: Sachenrecht des B.G.B. Berlin 1898, S. 17) ausführen, nicht gemeint, daß der Sachbesitzer den Besitzer des Grundstücks erst um Erlaubnis zur Gestattung der auf Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen bitten müßte. Es würde dies leicht zu Schädigungen des Sachbesitzers führen, indem oft ein großer Zeitverlust eintreten und dadurch leicht die Erreichung des Zweckes vereitelt werden könnte.

Den in den §§ 859 ff. gegebenen, im Vorstehenden geschilderten Besitzschutz gewährt das B.G.B. jedem „Besitzer" schlechthin und bestimmt nur im § 866, daß dieser Besitzschutz in dem Verhältnis von Mitbesitzern zu einander insoweit nicht durchgreifen soll, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt."

Aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes einerseits und der Tatsache andrerseits, daß der Fall des § 866 als einzige

Ausnahme hervorgehoben wird, wird schon jetzt gefolgert werden können, daß das Gesetz jeder der von ihm anerkannten Besitzarten, den Besitz im Sinne des § 854, den Teilbesitz (§ 865), den mittelbaren Besitz (§ 868) und den Eigenbesitz (§ 872) den Besitzschutz gewähren will.

Für das Doppelbesitzverhältnis des mittelbaren Besitzes soll diese Folgerung besonders auf ihre Richtigkeit geprüft werden.

---

§ 2. Doppelbesitz.

Man hat behauptet, daß das Gesetz durch Einführung des mittelbaren Besitzes das Recht um ein ganz unbekanntes Institut bereichert habe. Diese Ansicht ist, wie nachgewiesen werden soll, unrichtig. Zwar kannte das bisherige Recht den Ausdruck „mittelbarer Besitz" und diese Art des Doppelbesitzes nicht, aber es kannte doch schon analoge Doppelbesitzverhältnisse.

Was zunächst den Begriff des „Doppelbesitzes" anlangt, so ergiebt sich schon aus dem Wortsinne, daß zwei Personen dieselbe Sache, wenn auch in verschiedener Weise, besitzen müssen, ohne daß Mitbesitz vorliegt. Ein solches Doppelbesitzverhältnis kann dadurch entstehen, „daß ein reines und äußerlich leicht erkennbares Abhängigkeitsverhältnis geschaffen wird, vermöge dessen sich der Andere unmittelbaren Einfluß auf die Sache und Befolgung seiner Weisungen durch den Ausübenden gesichert hat" (cf. Fischer in Deutsch. Jurist. Zeitung 1898 S. 367). Oder aber es wird in der Weise begründet, daß der Eine dem Anderen gegenüber auf Grund einer vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmung zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Im ersteren Falle ist der Tatbestand des § 855, im letzteren Falle der des § 868 gegeben.

Wenn wir die erste Art der Entstehung von Doppelbesitzverhältnissen ins Auge fassen, so kannte schon das römische Recht ein solches in dem Verhältnis des juristischen Besitzers zum Detentor; denn hier stand dem ersteren gegen den Inhaber der

tatsächlichen Gewalt von Gesetzes wegen das Recht zu, in dessen Besitzstand jeder Zeit einzugreifen. Aber auch bei Betrachtung der zweiten Art der Entstehung von Doppelbesitzverhältnissen finden sich im römischen Recht gleichfalls einige Beispiele, welche den Fällen des § 868 sehr nahe kommen, indem bei ihnen der eine Teil die tatsächliche Gewalt über die Sache hatte, während der andere Teil auch als Besitzer behandelt wurde. (cf. Fischer a. a. O. S. 367):

1. In l 16 D 41,3 giebt das römische Recht dem Pfandbesitzer die Interdikte, während dem Verpfänder durch den contractus pignoris Ersitzungsbesitz gewährt wird.

2. In l 15 § 4 D 43,26 wird der Prekarist als Besitzer erklärt und daneben dem Verleiher Besitz zugesprochen.

3. Die l 39 D 41,2 behandelt die siegende Sequestrationspartei hinsichtlich der Ersitzung als Besitzer.

4. Der Nießbraucher, welcher die Sache in Detention hatte, erhielt allerdings erst im späteren römischen Recht die juris quasi possessio mit Interdiktenschutz; der Nießbrauchsbesteller hatte daneben den juristischen Besitz, demzufolge er auf die Sache einwirken konnte (l 16 § 1 D de usu F. 8) und den Ausschreitungen des Nießbrauchers mit den possessorischen Klagen begegnen dürfte (l 15 § 6 D de usu fructu 7 1).

Was den Mieter und Pächter anlangt, so gab ihnen das römische Recht kein dingliches Recht an der Sache und daraus folgend keine actio in rem, sondern ein rein persönliches Recht gegen den Vermieter, das in der actio conducti gipfelte, und auf Grund dessen der Mieter den Vermieter auf Ueberlassung des Mietsgegenstandes bezw. des Grundstücks verklagen konnte, falls der Vermieter ihn von dem Gebrauch der Sache ausschloß. Mit der actio conducti erreichte der Mieter aber nicht die Wiedereinräumung des Besitzes, sondern höchstens Ersatz des Interesses, das er an dem Gebrauch der Sache hatte. Das interdictum uti possidetis, das dem Prekaristen und bösgläubigen Besitzer, ja selbst dem Diebe gewährt wurde, stand dem Mieter und Pächter nicht zu; ebenso entbehrte er der iuris quasi possessio des Usufructuars. (Näheres cf. Fischer: Soll Kauf Miete brechen? Berlin-Leipzig 1888 S. 2 ff. 17). Der Grund für eine derartige Behandlung des Mieters und Pächters lag darin, daß dieselben meist den ärmeren Volksschichten angehörten, deren wirtschaftliche Unterdrückung das Ziel der römischen

Wirtschaftspolitik war, die nur die Interessen der vermögenden Klassen im Auge hatte. (cf. Gaertner: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust in: Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts von R. Leonhard, Breslau 1901 S. 124).

Erst durch Einwirkung des germanischen Rechts, das „den Trieb hatte, jede Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch an Andere dinglich zu gestalten“ (Fischer a. a. O. S. 46) und zu schützen, wurde im gemeinen Recht dem Mieter Schutz zugebilligt. Der Mieter war in possessione, während der Sachbesitz des Vermieters fortdauerte, und kann, wie jeder Detentor, mittels der Spolienklage für den Fall der Entziehung seiner Detention die Wiedereinräumung derselben vom Vermieter fordern. (cf. Fischer a. a. O. S. 68).

Finden sich also schon im römischen und gemeinen Recht Fälle von Doppelbesitzverhältnissen in dem von uns zu Anfang dieses Paragraph besprochenen Sinne, so auch im deutschen Rechte, das eine doppelte Gewere bei Grundstücken derart kannte, daß z. B. Lehns-, Satzungs-, Leibzuchts- und Leihe-Gewere eine gleichzeitige egenlike Gewere nicht ausschließen. (cf. Fischer, Deutsch. Jurist. Ztg. 1898 S. 367). Ausgehend von dem Begriff, daß die Gewere hat, wer das Gut in Nutz und Gelde hat, und wie das sächsische Lehnrecht hinzufügt, den Zins daraus nimmt, gelangt Heusler (Die Gewere 1872 S. 122) zu einer mehrfachen Gewere; denn frage man, wer an einem Gute, das der Eigentümer zu Lehen ausgegeben habe, und das der Lehnsmann zu Zins weiter leihe, die Nutzung, also die Gewere, habe, so treffe dies bei allen drei Personen zu, dem Eigentümer, dem Vasall und dem Zinsmann, denn alle Drei nutzten das Gut, und zwar der Lehnsherr in Gestalt des Lehnsdienstes, der Lehnsmann in Gestalt des Zinses und der Zinsmann in dem direkten Bodenertrage. „Wie dort die Nutzung, so war hier der Zinsbezug und Lehnsdienst der tatsächliche und vom Landrecht anerkannte Ausdruck der behaupteten dinglichen Berechtigung. Die Gewere des Einen wie die des Anderen hatte volle Wirkung. Ihr Inhaber konnte mit ihr sein Recht übertragen, er konnte es ferner gegen fremde Gewaltthätigkeit oder Beraubung verfolgen, und wenn der Besitzer die Rückgabe des Gutes gedingswidrig verweigerte, so mochte der Eigentümer gegen ihn auch die Offensivwirkung der Eigengewere geltend machen.“ (cf. Huber Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Bern 1894 S. 31).

„Dieser im deutschen Recht angenommenen Möglichkeit eines gleichzeitigen Besitzes Mehrerer an derselben Sache verdankt der Ausdruck „ledigliche Gewere" seine Existenz. Es ist damit der Besitz gemeint, den man durch die direkte Einwirkung auf die Sache ausübt, im Gegensatz zu dem Besitz, den man durch das Mittel der Nutzung ohne faktische Detention der Sache hat." (Heusler a. a. O. S. 145). Die für das Vorhandensein einer mehrfachen Gewere hauptsächlich Beweis liefernden Stellen des deutschen Rechts finden sich:

1. Sachsenspiegel I. 34 § 2:

Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht, he 'ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar unde dach.

2. Sachsenspiegel II. 57:

Al sie en gut manges mannes, also dat en von dem anderen hebbe, svat so man up dem gude dut, dat sal man beteren deme die't in ledichliken geweren hevet.

3. Schwabenspiegel 216:

Unde ist daz ein man ein gut von einem anderen hat. Swer an dem gute vrevelt, der ez mit nvtze in ledeclicher gewere hat vnd in gantzem nvtze, dem sol man bezzeren.

4. Magdeburger Fragen I. 2, 26:

alle freyheit und gericht, die der öberste Herr des guts hat, ab er das gut hat in seinen lediglichen Geweren, alle solche macht, freyheit und gerechtigkeit sol der man der das gut in lediglichen Geweren hat, auch auf dem gut haben . . . . .

In diesen Stellen wird die Möglichkeit eines gleichzeitigen Vorkommens zweier Geweren an derselben Sache anerkannt, einmal der unmittelbaren oder lediglichen Gewere, welche dem Lehns- und Zinsmanne zukam und der mittelbaren oder Zins-Gewere, welche dem Eigentümer zusteht und die auf jener beruht. (A. M. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1896 S. 199, welcher das Vorhandensein einer mehrfachen Gewere in Abrede stellt.)

Auch das Pr. A.L.R. kennt Arten des Doppelbesitzes an derselben Sache, indem es zwischen „vollständigen" und „unvollständigem" Besitz unterscheidet (I. 7, §§ 3 ff.). Ersterer ist der Besitz des Eigentumsbesitzers, welcher die Sache in seinem Gewahrsam hat in der Absicht, über dieselbe für sich zu verfügen, letzterer ist der Besitz des ein beschränktes Recht an der Sache

ausübenden Besitzers. Beiden Fällen dieses ersten Sachbesitzes stellt das A.L.R. den bloßen Verwaltungsbesitz gegenüber.

Wenn wir das Verhältnis zu Dritten und die erste Art der Entstehung von Doppelbesitzverhältnissen (ob. S. 20) betrachten, so kannte das A.L.R., analog dem Verhältnis zwischen juristischem Besitz und Detention im römischen Recht als weiteres Doppelbesitzverhältnis den Fall, daß Besitz und Gewahrsam an derselben Sache zusammentreffen. Hier ist, und insoweit weicht das A.L.R. von seinem Vorbilde im römischen Recht ab, der bloße Inhaber auch nach Außen wie der Besitzer zur Selbsthilfe befugt. Im Verhältnis nach Innen versagt allerdings der Besitzschutz durch Selbsthilfe, vielmehr kann der Besitzer den Inhaber „soweit dies ohne Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und ohne Beeinträchtigung der sonstigen Rechtsstellung des Inhabers geschehen kann", nach I 7 §§ 142, 143 eigenmächtig entsetzen. Wie das Selbsthilferecht dem Besitzer gegenüber versagt, so ist auch die Geltendmachung des Klageschutzes in diesem Verhältnis ausgeschlossen. Im Gegensatz hierzu kann bei dem vorangestellten Doppelbesitzverhältnis zwischen unvollständigem und vollständigen Besitzer jener auch diesem gegenüber die aus der Entsetzung und Störung sich ergebenden Ansprüche geltend machen (cf. Hierüber Fischer, Lehrbuch des Preuß. Privatr. Berlin 1887, S. 177).

In Anlehnung an diese Vorbilder des römischen, altdeutschen und preußischen Rechts und fußend auf der natürlichen Anschauung des Volkes hält auch das B.G.B. im § 868 einen Doppelbesitz und im § 871 einen drei- und mehrfachen Besitz an derselben Sache für möglich und zulässig.

Für die hier zu behandelnde Frage nach dem Besitzschutz in dem Verhältnis des Besitzmittlers zum mittelbaren Besitzer und in dem umgekehrten Verhältnis wird man jedoch auf die Gestaltungen des bisherigen Rechtes nicht ohne Weiteres zurückgreifen können, denn einerseits beruhen die römisch-rechtlichen Doppelbesitzverhältnisse alle auf den Begriffen der possessio und detentio, welche dem B.G.B., das jeden selbständigen Besitzer schützt, fremd sind, andrerseits wird man die Gestaltung des deutschen Rechtes, das keinen selbständigen possessorischen Schutz kannte, sondern, wie schon erwähnt, die Frage, wem die Gewere zustehe, in dem Verfahren um das Recht selbst entschied, wegen des so gegebenen engen Zusammenhanges zwischen Possessorium und Petitorium mit Vorsicht aufnehmen müssen.

(cf. Gärtner a. a. O. S. 167). Vielmehr wird man an der Hand des B.G.B. das Wesen des im § 868 aufgestellten Besitzverhältnisses und den sich hiernach ergebenden Besitzschutz feststellen müssen.

Cap. I.

Das Wesen des mittelbaren Besitzes.

Was das Gesetz unter „mittelbarem" Besitz versteht, sagt es im § 868:

„Besitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet oder berechtigt ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)".

Aus dem Wortlaut des Gesetzes und unseren bisherigen Erörterungen über Doppelbesitz folgt, daß das Gesetz hier die Möglichkeit eines Besitzes zweier Personen an derselben Sache, aber in verschiedener Weise, anerkennt; nämlich den Besitz des Besitzmittlers, Nießbrauchers pp., der als „Besitzer" im Sinne des § 854 anzusehen ist, weil er die tatsächliche Gewalt über die Sache hat und nicht der Beschränkung des § 855 unterliegt, und den durch diesen vermittelten Besitz des „Anderen", dem gegenüber jener zum Besitze auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist, des mittelbaren Besitzers.

Wie schon erwähnt, herrscht in der Litteratur über das Wesen des mittelbaren Besitzes lebhafter Streit. Während man allgemein darüber einig ist, daß die Personen, welche als Nießbraucher 2c. die tatsächliche Gewalt über die Sache haben „die Besitzmittler", als wahre Besitzer anzusehen sind, denen gegenüber verbotene Eigenmacht seitens dritter Personen, insbesondere auch seitens des mittelbaren Besitzers, verübt werden kann, wird dies in dem umgekehrten Verhältnis bestritten. Zwei Ansichten stehen sich hier schroff gegenüber:

Die erste Ansicht sieht in dem mittelbaren Besitze nur eine Fiktion, keinen wahren Besitz. Der mittelbare Besitzer stehe dem Besitzmittler nicht als „Besitzer", sondern nur als Vertrags-

gegner gegenüber; daher seien die unrechtmäßigen Handlungen des Besitzmittlers gegen den mittelbaren Besitzer nicht Handlungen verbotener Eigenmacht, sondern nur Verletzungen des zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses (Pacht, Miete ꝛc.)

Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Wendt; ihm schließen sich an Bartels, Klein u. a. (Wendt: Archiv für civil. Praxis Bd. 74 u. 87 u. Verhandlungen des 24. deutsch. Juristentages Bd. III. Bartels: Der mittelbare Besitz und die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer. J. D. 1898. Klein: Der mittelbare Besitz des B. G. B. J. D. 1899).

Die Gegenansicht sieht in dem mittelbaren Besitzer einen wahren „Besitzer“, ausgestattet mit allen Rechten eines solchen. In dieser Besitzereigenschaft stehe er auch dem Besitzmittler gegenüber und sei gegen dessen Eingriffe in seinen Besitzstand durch die Geltendmachung der Besitzschutzmittel geschützt. Für diese Ansicht sind besonders Becker, Fischer, Gierke, Gaertner, Kniep, Buhl, Reatz u. a. (Becker: Jhering's Jahrbücher Bd. 30 u. 34. Fischer: in Fischer-Henle „Bürgerliches Gesetzbuch“ Handausgabe. V. Aufl. 1902 u. in der deutsch. Juristen-Zeitung. Jahrgang 1898. Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzers für streitiges Recht nach B. G. B. Jena 1897 u. in Verhandlungen des 24. deutsch. Jurist.-Tages. Bd. III. Gaertner a. a. O. Kniep a. a. O. Buhl: Das Recht an beweglichen Sachen nach dem B. G. B. Berlin 1901. Reatz: Gutachten aus dem Anwaltsstande.)

Neben diesen beiden sich bekämpfenden Anschauungen findet sich noch eine vermittelnde, welche den mittelbaren Besitzer zwar als „Besitzer“ anerkennt, ihm aber den possessorischen Schutz dem Besitzmittler gegenüber versagt und ihm Besitzschutz nur nach Maßgabe des § 869 Dritten gegenüber gewährt. Dem Mittler gegenüber greife nur der aus dem zu Grunde liegenden vertraglichen Verhältnis gewährte obligatorische Schutz durch. Diese Anschauung vertreten hauptsächlich Cosack, Endemann, Leonhard, Strohal, Turnau-Foerster, Dernburg, Planck und Enneccerus u. H. O. Lehmann: das bürg. Recht, Marburg § 1898 S. 21. Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts auf der Grundlage des B. G. B. Bd. II. Jena 1900. Endemann: Einführung in das Studium des B. G. B. Bd. II. Berlin 1898. Franz Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1892. Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 29, 31, 38. Turnau-Foerster: Liegenschaftsrecht. Bd. I, Sachenrecht des

B. G. B. 1900. Dernburg: Das bürgerl. Recht des deutsch. Reiches und Preußens. Bd. III. Halle 1898. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch Bd. III. Sachenrecht. Berlin 1902. J. D. von Schwenk: „Der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes nach dem B.G.B. Breslau 1903").

Die erste Theorie leugnet die Besitznatur des mittelbaren Besitzes vollständig. Nach ihr ist derselbe nichts anderes als eine Fiktion, deren Kern das einen Rückgabeanspruch begründende obligatorische Verhältnis sei (Wendt in Verhandlg. d. Jur. Tag. S. 6), und zu dessen Schutze ein subsidiäres Klagerecht gewährt sei, um verbotene Eigenmacht, welche sich gegen den Besitzmittler richte, auch vom Standpunkte des Eigentümers verfolgen zu können" (cf. Wendt, Arch. f. civ. Prax. Bd. 87 S. 49.) Eine weitergehende Bedeutung habe die Zuerkennung dieser Art des Schutzes nicht. Wendt führt dann weiter aus, daß wenn Jemandem, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht habe, die Stellung eines „Besitzers" eingeräumt würde, das im B. G. B. herrschende Prinzip hierdurch durchbrochen würde, das nur dem selbständigen Inhaber der Sache den Besitz zuspreche. Eine compossessio in solidum sei ausgeschlossen, und würde nur dazu führen, Konflikte heraufzubeschwören, die unter Doppelbesitzern unvermeidlich seien. (Wendt in Verh. d. Jur. Tag. S. 7). Das Gesetz ließe nur einen Besitzer zu, so oft es sich nicht um einen Mitbesitz handle, und „wenn daneben gewisse Fälle doch die Reflexwirkung des mittelbaren Besitzes erzeugten, wie nach § 868 nun einmal festgestellt ist", so sei es nicht rationell, die Rechtsfolgen desselben über das unmittelbar gebotene Maß auszudehnen. Wollte man dem mittelbaren Besitzer alle Rechte eines „Besitzers" einräumen, dann stünden sich zwei Personen als „Besitzer" gegenüber. Aber gerade daraus, daß das Gesetz dem mittelbaren Besitzer nur durch § 869 „in einem gewissen Umfange" Schutz angedeihen lasse und ihn auf diesen Schutz beschränke, folge, daß es den mittelbaren Besitzer nicht als wahren Besitzer gelten lassen wolle. Dem mittelbaren Besitzer stehe vielmehr nur ein „subsidiäres Klagerecht" zu, das von dem Bestehen eines anderen Klagerechts abhängig sei, und das ihm gegen unfreiwillige Störung und Entsetzung des Besitzmittlers durch Dritte diesen gegenüber gegeben sei. Habe der Besitzmittler die Eigenmacht des Dritten zugelassen, so sei die Besitzklage ausgeschlossen und der mittelbare Besitzer auf die petitorische Klage beschränkt. Das ganze Verhältnis zwischen

dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler könne am Besten als ein obligatorisches Verhältnis bezeichnet werden, das lediglich einen Herausgabeanspruch begründe; ein Besitzschutz gegen die widerrechtlichen Handlungen des Besitzmittlers stehe dem mittelbaren Besitzer nicht zu, da zwischen den beiden Personen eben nur ein Kontraktsverhältnis vorliege.

Diese Ausführungen Wendts, denen die anderen Vertreter dieser Richtung beistimmen, beruhen auf einer völligen Verkennung des Wesens des mittelbaren Besitzes, denn sie zerreißen jedes Band, das den mittelbaren Besitzer mit der Sache selbst verbindet, und leugnen jede die Sache selbst ergreifende tatsächliche Herrschaft; überhaupt zeigt der so geschilderte Rechtszustand nichts von alle dem, was das Gesetz und die Volksanschauung sonst unter „Besitz" verstehen. Schon der Wortlaut des § 868 spricht gegen die Fiktionstheorie Wendts. Derselbe besagt ausdrücklich, daß „auch der Andere (der mittelbare Besitzer) Besitzer ist", und enthält keine Wendung, die auf eine bloße Fiktion schließen ließe. Hätte das Gesetz eine solche aufstellen wollen, dann hätte es die sonst übliche Ausdrucksweise, „so gilt auch der Andere als Besitzer" gebraucht. Gerade durch die ausdrückliche Erklärung „so ist auch der Andere Besitzer", will das Gesetz die Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers Jedermann, auch dem Besitzmittler gegenüber, hervorheben und ihm damit den jedem „Besitzer" gewährten Schutz geben. Andernfalls hätte der Schlußsatz des § 868 keinen Sinn, weil durch den § 869, nach welchem dem mittelbaren Besitzer im Falle der Verübung verbotener Eigenmacht gegen den Besitzmittler die Ansprüche der §§ 861, 862 gegeben werden, die Besitzerstellung jenes dem Mittler gegenüber genügend zum Ausdruck gebracht wäre.

Ferner kann sich das Wesen des mittelbaren Besitzes nicht in einem bloßen persönlichen Herausgabeanspruch erschöpfen, „denn wie hätte man darauf verfallen sollen, für einen bloß persönlichen Anspruch die Bezeichnung „mittelbarer Besitz" zu wählen. (Kniep, a. a. O. S. 8, auch Gierke in Verhandlg. des 24. Juristentages S. 33).

Zwar wird dem mittelbaren Besitzer regelmäßig auf Grund des Vertragsverhältnisses, das ihn mit dem Besitzmittler verbindet, ein Herausgabeanspruch gegen diesen zustehen. Mit dem obligatorischen Verhältnisse und dem hieraus sich ergebenden Herausgabeanspruch ist aber das Wesen des mittelbaren Besitzes nicht

erschöpft; denn sonst müßte auch dem Besitzer einer gestohlenen Sache oder dem entsetzten Eigentümer eines Grundstücks, denen doch sicherlich ein Herausgabeanspruch gegen den Täter zusteht, mittelbarer Besitz zugesprochen werden (cf. Gierke ebenda S. 33). Nicht der Herausgabeanspruch allein begründet also schon mittelbaren Besitz, sondern, wie aus dem Sinne des § 868 folgt, nur dann, wenn dieser Anspruch aus Nießbrauch . . . . oder einem der dort genannten Rechtsverhältnisse hergeleitet wird, demzufolge der Eine mit dem Willen des Anderen besitzt, dann soll auch der Andere „Besitzer" sein. Es ist für Entstehung des mittelbaren Besitzes nicht einmal erforderlich, wie Gierke (ebenda S. 34) nachweist, daß der Anspruch auf Herausgabe rechtsgültig bestehe; so in dem Falle, daß Jemand irrtümlich seine eigene Sache als Pfand genommen oder gemietet hat; dann bleibt trotzdem mittelbarer Besitz bei dem Verpfänder oder Vermieter zurück. Wesentlich für die Entstehung des mittelbaren Besitzes ist also stets, daß ihm eines der im § 868 bezeichneten Rechtsverhältnisse zu Grunde liegt, denn erst hierdurch offenbart sich die tatsächliche Herrschaftsbeziehung des „Anderen" zur Sache.

Indem Wendt diese Voraussetzungen, insbesondere das Wort „ähnlich" des § 868 übersieht, gelangt er auch zu einem mittelbaren Besitze des Verlierers (cf. Wendt, Bd. 87, S. 61 ff.), indem er ausführt, dadurch daß der Finder nach § 966 „zur Verwahrung der Sache verpflichtet" sei, sie also in einem obligatorischen Verhältnisse besitze, vermöge dessen er dem Verlierer gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet sei, vermittle er diesem den Besitz.

Dieser Ansicht steht die Tatsache entgegen, daß die im § 868 aufgeführten Beispiele als gemeinsames Merkmal haben, daß die dort benannten Personen, Nießbraucher, Pfandgläubiger 2c. den ihnen zukommenden Besitz als einen ihnen vom Nießbrauchbesteller, Verpfänder 2c. „auf Zeit anvertrauten" zu behandeln haben (Strohal, Bd. 38 S. 20). Während in den Fällen des § 868 es sich um ein als Vertrauensakt sich darstellendes Rechtsgeschäft handelt, trifft dieser Fall in dem Verhältnis des Finders zum Verlierer nicht zu. Denn einerseits ist für den Verlierer die Person des Finders unbestimmt, andrerseits ist meist dem Letzteren die Person des Verlierers unbekannt; dann aber hat zwischen Beiden ein Ueberlassungsvertrag, wie ihn die im § 868 bezeichneten Rechtsverhältnisse voraussetzen, auf Grund dessen der Finder den Besitz der Sache erlangt, nicht stattgefunden. End-

lich aber ist, wie Franz Leonhard (a. a. O. S. 72) mit Recht bemerkt, aus dem Wortlaute des § 966 nicht zu ersehen, daß der Finder zum Besitze verpflichtet sei, wie dies § 868 fordert, denn er könne die Sache weitergeben, was bei der eigentlichen Verwahrung ausgeschlossen sei, oder an die Polizei abliefern. Strohal (Bd. 38, S. 24) meint allerdings, daß unter Umständen der Finder dem Verlierer den Besitz vermitteln könne, z. B. in dem Falle, daß der Finder vom Verlierer zum Aufsuchen und Ergreifen der verloren gegangenen Sache beauftragt werde, oder gesetzlicher Vertreter eines Empfangsberechtigten sei. Dies ist richtig, denn hier liegt ein Auftrag und im Falle des Wiederauffindens der Sache ein Verwahrungsvertrag im Sinne des § 868 vor und es erlangt der Finder mit Willen des Verlierers den Besitz der Sache. In der Mehrzahl der Fälle wird aber mittelbarer Besitz durch die Handlung des Finders nicht begründet werden.

Wenn Wendt sich endlich gegen einen Doppelbesitz wendet und (S. 7 Verhdlg. des deutsch. Jur.-Tag Bd. III.) ausführt, daß das Besitzrecht nur einen Besitzer zulasse, so oft es sich nicht um Mitbesitz handle, und daß man durch Gestattung eines Doppelbesitzes nur Konflikte heraufbeschwöre, so wird Dernburg (a. a. O. S. 47) beizutreten sein, der ausführt, daß das Gesetz nirgends gegen die Zulässigkeit der possessio in solidum spreche und daß dieser Satz zwar im römischen Rechte gegolten habe, dann aber durch das Pr. A. L. R., das einen unvollständigen Besitz des Pächters, Mieters und Nießbrauchers und den vollständigen Besitz des Eigentümers kannte, beseitigt worden sei.

Leugnet die Lehre Wendts die Besitznatur des mittelbaren Besitzes vollständig, und spricht ihm damit die possessorischen Schutzmittel ab, weil der mittelbare Besitzer dem Besitzmittler eben nur als Vertragsgegner gegenüberstehe, und ihm gegenüber die Verübung verbotener Eigenmacht ausgeschlossen sei, so zielt die von uns an dritter Stelle genannte Richtung darauf ab, den mittelbaren Besitzer zwar als „Besitzer“ gelten zu lassen, ihm aber im Verhältnis zum Mittler den Besitzschutz zu versagen, indem sie wie Wendt den mittelbaren Besitzer auf den Schutz des § 869 und den sich aus dem zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis ergebenden Schutz beschränken. Die Vertreter dieser Richtung nehmen zwar einen „Doppelbesitz“ im Gegensatz zu der Ansicht Wendts an, nähern sich also insofern der An-

schauung, die in dem mittelbaren Besitz einen wahren Besitz sieht, halten aber seitens des Mittlers die Verübung verbotener Eigenmacht für ausgeschlossen.

So führt Cosack (a. a. O. S. 63) aus, der mittelbare Besitz beruhe auf einer tatsächlichen Herrschaft des Besitzers über die Sache, gerade so wie der unmittelbare Besitz; denn er setze voraus, daß der Besitzmittler sich tatsächlich als Stellvertreter des mittelbaren Besitzers bekenne und seine Gewalt über die Sache tatsächlich in den Dienst des mittelbaren Besitzers stelle; Besitzschutz könne aber diesem nur nach Maßgabe des § 869 gewährt werden.

Cosack und die anderen Vertreter dieser Richtung stützen ihre Theorie auf den Inhalt der Protokolle (Prot. Bd. II. S. 3946. Bd. III. S. 332) und der Denkschrift (S. 114). Die letztere führt aus, daß dem mittelbaren Besitzer nur Dritten gegenüber Besitzschutz gewährt sei; dem Mittler gegenüber sei er aus dem zwischen Beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügend geschützt, demzufolge er nach Beendigung desselben die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen könne. Auch seien besondere Selbstschutzbefugnisse überflüssig, da dem mittelbaren Besitzer in dem allgemeinen Selbsthilferecht der §§ 227 ff. ein ausreichender Schutz gegeben sei. Zu letzterem Punkte bemerkt Cosack (in der Zusammenstellung der Gutacht. zum Entw. eines B. G. B. Bd. III. S. 54 ff.), daß ein solches „Gewaltmoment“, wie die Gewährung des Selbsthilferechtes, in das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum Besitzmittler, das meist auf einem Vertrauensakt beruhe, nicht hineinpasse, und daß der mittelbare Besitzer sich durch Uebertragung des Besitzes an den Mittler diesem gegenüber des Rechts auf Abwehr verbotener Eigenmacht begeben habe. Wie dem mittelbaren Besitzer nicht das Selbsthilferecht gewährt werden könne, so müßten ihm auch die Besitzklagen versagt werden. Dies folge aus § 869, der offenbar den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers gegen Verübung verbotener Eigenmacht „erschöpfend“ bestimmen wolle, (Cosack Sachenrecht S. 82). In der ausdrücklichen Gewährung der in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche, der Besitzklagen, liege ein Ausschluß des mittelbaren Besitzers von der Selbsthilfebefugnis. (cf Krahé: Der Besitzschutz nach dem B.G.B., Köln 1899, S. 54 und Künkler S. 36 der Selbsthilfeschutz des Besitzers nach § 859 B.G.B. J. D. 1899). Müßte man doch andernfalls ihm nicht nur die Besitzklagen, sondern auch die possessorische Selbsthilfe gestatten,

und dies sei namentlich im Verhältnis des Vermieters einer Wohnung zum Mieter offenbar unmöglich. (cf. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II. S. 82).

Was zunächst diesen letzten Punkt anlangt, daß § 869 die Rechte des mittelbaren Besitzers „erschöpfend" darstellen wolle, so ist hierauf zu erwidern, daß die fragliche Bestimmung lediglich zur Regelung eines besonderen Falles eingeführt ist, besonders im Interesse des mittelbaren Besitzers, dem es sehr daran gelegen ist, daß der Mittler ungestört besitzt, weil hiervon für ihn die Möglichkeit der Wiedererlangung der Sache abhängt. Wenn die Vorschrift des § 869 nicht bestünde, so würde für den Fall der Entziehung einer im Besitze des Mittlers befindlichen Sache durch Dritte sowohl der Besitzmittler als auch der mittelbare Besitzer die Herausgabe bezw. die Erlaubnis zum Aufsuchen und Wegschaffen der Sache verlangen können da sie Beide gemäß § 868 „Besitzer" sind. Wenn nun die Sache an den einen oder den anderen herausgegeben würde, so könnten leicht Streitigkeiten zwischen dem Mittler und dem mittelbaren Besitzer entstehen. Zur Vermeidung dieser, also lediglich „zur Regelung des Verhältnisses der konkurrierenden Besitzansprüche zu einander" (cf. Gierke Verhdlg. des 24. Jurist. Tags. S. 37), nicht aus dem von Krahé behaupteten Grunde, hat das Gesetz die Bestimmung des § 869 eingeführt. Derselbe spricht allerdings nur von Rechten des mittelbaren Besitzers Dritten gegenüber und gewährt diese auch nur unter der Voraussetzung, daß gegen den Mittler verbotene Eigenmacht verübt wird; von den Rechten des mittelbaren Besitzers dem Mittler gegenüber handelt der § 868, welcher durch die Stellung, die er jenem giebt, indem er ihn als „Besitzer" bezeichnet, die Zulässigkeit des Besitzschutzes auch gegenüber Handlungen des Besitzmittlers feststellen will. Daß der Besitzschutz des mittelbaren Besitzers durch § 869 nicht erschöpft werde, dafür spreche auch, wie Kniep (a. a. O. S. 14) mit Recht bemerkt, schon § 1006 Abs. 3, nach welchem die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Besitzers, beim Vorhandensein eines mittelbaren Besitzers für diesen Platz greift. Für den wirklichen Besitzer trete diese Vermutung nicht ein, wenn ein mittelbarer Besitz nebenher gehe. Aber auch die Berufung auf die Protokolle und die Denkschrift kann als genügende Begründung für den von Cosack vertretenen Standpunkt für sich allein nicht angesehen werden. Wenn auch in den Kommissionsberatungen die entgegengesetzten Ansichten zum Aus-

druck gekommen sind, so sind dieselben doch bedeutungslos, da sie im Gesetze nicht Aufnahme gefunden haben. (cf. Gierke S. 36 Verh. des deutsch. Jur. Tag.) Dasselbe spricht vielmehr im § 868 dem mittelbaren Besitzer ganz allgemein „Besitz“ und damit Besitzschutz zu, und dieser Anhalt ist umso wichtiger, als, wie unten noch nachzuweisen ist, für Gewährung des possessorischen Schutzes auch das praktische Bedürfnis spricht.

Strohal, der denselben Standpunkt wie Cosack einnimmt, führt (S. 17 Jhrb. f. Dogm. Bd. 38) aus: In allen Fällen des mittelbaren Besitzes habe man es mit einem zweifachen Besitze (Doppelbesitze) zu thun, nämlich mit dem unmittelbaren Besitze des Einen und dem hierdurch zugleich gegebenen Besitze des Anderen; aber obschon im § 868 ausgesprochen werde, daß der mittelbare Besitz „auch Besitz“ sei, so sei er doch ein Besitz „anderer Art“, als der des Mittlers. (Aehnlich Bartels a. a. O. S. 9) Man dürfe daher die Bestimmungen, welche für den unmittelbaren Besitz gegeben seien, nicht ohne Weiteres auf den mittelbaren Besitz anwenden, und wo im Gesetze vom „Besitz“ die Rede sei, müsse man erst durch Auslegung feststellen, ob und in wieweit sich die Vorschriften auch auf den mittelbaren Besitz beziehen. (Derselb. Ansicht auch Kniep a. a. O. S. 14 u. Künkler a. a. O. S. 35 u. 37). Die Auffassung Strohals, daß der mittelbare Besitz „ein Besitz anderer Art“ sei, als der Besitz des Mittlers, steht im Widerspruch mit dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes im § 868, nach welchem der mittelbare Besitzer „auch Besitzer“ ist. Dieses „auch“ will ihn dem Mittler als gleichberechtigt zur Seite stellen; „keine Andeutung weist darauf hin, daß hier ein bloßes Analogiegebilde, ein von Hause aus unebenbürtiger Nebensproß, ein Besitz minderer Art, vorliege“ (Gierke, Verhandlungen des Juristentages S. 36).

Aber auch die weitere Behauptung, daß regelmäßig unter „Besitz“ nicht der mittelbare Besitz zu verstehen sei, ist unrichtig. Gerade das Umgekehrte trifft zu. (cf. Anm. 4 zu § 868 Fischer-Henle, Gierke in Verhandlungen des 24. Juristtages S. 36, Klein a. a. O. S. 33 ff.; Fischer in „Deutsch. Jur. Zeitg. v. 1898 S. 369, die Denkschrift S. 170). Wenn das Gesetz dem „Besitze“ irgendwelche Folgen zuschreibt, so giebt es dieselben auch dem mittelbaren Besitze. Meint es aber unter „Besitz“ nur den Besitz des Nießbrauchers und der anderen im § 868 genannten Personen, so betont es dies ausdrücklich, so in den §§ 986, 991 u. a. Für diese schon aus § 868 zu

folgernde Anschauung spricht insbesondere der Wortlaut der Denkschrift, welche (S. 170) hervorhebt, daß nach dem Sprachgebrauch des Entwurfes unter „Besitz" nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz zu verstehen sei. Auch die Protokolle 2. Lesung (Bd. VI S. 237) sprechen bei Behandlung der Frage, ob die rei vindicatio auch gegen den mittelbaren Besitzer zu gewähren sei, sich dahin aus, daß es auffallend wäre, wenn der mittelbare Besitzer „in allen übrigen Beziehungen als Besitzer behandelt", in Ansehung der Passivlegitimation bei der rei vindicatio aber nicht als solcher angesehen würde. Wenn Sonderbestimmungen für den Besitz des mittelbaren Besitzers oder den des Mittlers im Gesetze vorkommen, so ergeben sie sich als Folgen aus den Besonderheiten der beiden Besitzarten und verfolgen lediglich den Zweck, die dadurch gebotenen Abweichungen mit den für den Besitz im Allgemeinen geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen, ohne daß die Absicht bestände, den mittelbaren Besitz dem Besitze des Mittlers etwa nur in einer einzelnen Beziehung gleichzustellen. Hieraus folgt, daß man unter „Besitz" stets auch den mittelbaren Besitz zu verstehen hat, wenn nicht im Gesetze für diesen Besonderes bestimmt ist.

Wie Cosack und Strohal so sieht auch Endemann (a. a. O. S. 124) in dem mittelbaren Besitzer einen wahren Besitzer: Als formale Thatsache erscheine zunächst als Eigentümlichkeit des mittelbaren Besitzes, daß ein Besitz ohne tatsächliche Gewalt vom Gesetze anerkannt werde. Als leitender Grundgedanke müsse gelten, daß trotz der körperlichen Uebertragung der Besitz erhalten bleibe auf Grund eines konkreten Verhältnisses, wonach der Besitzmittler den Anderen als „Oberbesitzer" anerkennen müsse. (S. 126.) Obwohl hier Endemann den mittelbaren Besitz als eine tatsächliche Sachherrschaft, ja sogar als einen „Oberbesitz" hinstellt, verweigert er ihm den jedem Besitzer zustehenden Besitzschutz und beschränkt ihn auf den Schutz des § 869 und den aus dem zu Grunde liegenden Kontrakte sich ergebenden Rechtsschutz.

Auch Fr. Leonhard (a. a. O. S. 70 ff.) tritt für die tatsächliche Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers ein, die ihm neben dem Mittler gegeben sei. Diese Macht decke sich aber im Wesentlichen mit der Möglichkeit, die Herausgabe der Sache an den Besitzmittler zu verlangen, wenn sie ihm verloren gegangen sei (§ 869); sie sei eine tatsächliche Erscheinung, die auf dem

Rechtsverhältnis beruhe,. das Beide mit der Sache verbinde. (S. 71). Besitzschutz sei dem Mittler gegenüber ausgeschlossen (desgl. Dernburg a. a. O. S. 70 ff.; gegen die Gewährung des Besitzschutzes auch Enneccerus u. H. O. Lehmann a. a. O. S. 21). Gegen die Ansicht Leonhard's wendet mit Recht Gierke (Verhandlungen des 24. Jurist.-Tages S. 34) ein, daß das tatsächliche Machtverhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache sich niemals in der näheren oder entfernteren Möglichkeit der Erlangung des unmittelbaren Sachbesitzes decke. Schon vorher kann sich, wie unten noch nachzuweisen ist, die Macht des mittelbaren Besitzers betätigen, indem er sowohl dem Mittler unzulässige Einwirkungen auf die Sache untersagen und ihn daran hindern kann, als auch indem gerade der mittelbare Besitz ihm die Verfügungsbefugnis über die Sache insoweit verschafft, „als neben dem Rechte oder statt des Rechtes der Besitz zur wirksamen Verfügung erforderlich oder ausreichend ist" (§§ 931, 934, 936, 1032, 1205).

Wenn wir die Ansichten der eben dargestellten Richtung noch einmal ganz allgemein ins Auge fassen, so finden wir, daß deren sämtliche Vertreter mehr oder weniger klar die Auffassung hegen, daß den mittelbaren Besitzer Beziehungen tatsächlicher Natur mit der Sache verbinden. Cosack spricht von einer tatsächlichen Sachherrschaft, Strohal von einem Doppelbesitze, Endemann nennt den mittelbaren Besitzer den Oberbesitzer und Leonhard läßt den mittelbaren Besitz auf der tatsächlichen Gewalt beruhen, die auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber dem Besitzmittler eigen ist. Die Ansicht, daß den mittelbaren Besitzer noch tatsächliche Beziehungen mit der Sache verbinden, wird auch durch die Denkschrift (S. 119) bestätigt, welche erklärt, daß der „Andere" seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache nicht vollständig aufgegeben habe, und deshalb als mittelbarer Besitzer bezeichnet werde". In der Tat findet man, daß nicht nur derartige tatsächliche Beziehungen zwischen dem mittelbaren Besitzer und der Sache vorhanden sind, die ihm die Stellung eines Besitzers verleihen, sondern daß diese Beziehungen oft sehr nahe sind, daß sie viel näher und enger sind, — wie sich aus dem Interesse, das der mittelbare Besitzer zumeist als Eigentümer an dem Schicksal der Sache hat, folgern läßt — als diejenigen, welche den Mittler mit der Sache verbinden, so besonders in den Fällen, in denen diesem der Besitz der Sache nur zur Pflicht gemacht ist (§ 868). Dann aber folgt auch

aus der Stellung des mittelbaren Besitzers als „Oberbesitzer", daß er in sehr vielen Fällen in der Lage sein wird, dem Besitz des Mittlers ein Ende zu machen, z. B. in den Fällen der Leihe und des Verwahrungsvertrages. Ebenso steht dem mittelbaren Besitzer ein Verfügungsrecht in den von Strohal (Sachbesitz S. 45) aufgeführten Beispielen zu, wo er ein Transportpapier (z. B. Ladeschein) in Händen hat, während der Frachtführer Besitz an der Ladung hat. Diese Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache sind aber nicht, wie Strohal und die anderen Vertreter dieser Richtung annehmen, nur rein kontraktlicher Natur, sondern können mit Kniep als die dem mittelbaren Besitzer verbliebenen Besitzbefugnisse bezeichnet werden (Kniep a. a. O. S. 8); denn aus den im § 868 bezeichneten Rechtsverhältnissen entspringen nicht nur rein persönliche, sondern auch Besitzansprüche. Trotz des Besitzes in der Person des Mieters verbleiben dem Vermieter eine Reihe von Besitzansprüchen, „denn ein Mietsvertrag giebt zugleich die Linien an, innerhalb deren sich beide Teile zu bewegen haben; das Ueberschreiten dieser Linien ruft auf der einen oder anderen Seite Besitzansprüche ins Leben. Als Mietsvertrag gilt aber nicht blos, was ausdrücklich und stillschweigend vereinbart worden ist, sondern auch die Ergänzung, die von Rechtswegen eintritt". (Kniep a. a. O. S. 9.) Mit Rücksicht auf die ihm verbliebenen Besitzansprüche könne der mittelbare Besitzer als „Nochbesitzer" bezeichnet werden. Im Rahmen dieser Stellung sei verbotene Eigenmacht gegen ihn möglich und seien ihm damit die Besitzansprüche gegeben. Neben diesem Besitzschutz hat er aber auch, und insofern wird den Gegnern Recht gegeben, die aus den zu Grunde liegenden vertraglichen Verhältnissen sich ergebenden Ansprüche und das Selbsthilferecht des allgemeinen Teils des B.G.B., Rechte, die er wahlweise mit den Besitzschutzmitteln geltend machen kann und auch geltend machen wird, wenn diese aus den im § 1 genannten Gründen nicht zur Anwendung gelangen können.

Damit sind wir zur Behandlung derjenigen Theorie gelangt, welche in dem mittelbaren Besitzer einen wahren Besitzer ausgestattet mit allen Rechten eines solchen sieht. Für diese Ansicht, die allein nach dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes gerechtfertigt erscheint, und der wir uns, wie aus den einleitenden Sätzen dieses Kapitels hervorgeht, anschließen wollen, führt Gierke (Verhandlg. des 24. Juristentages, S. 32) an, daß sich die im § 868 bezeichneten Beziehungen des mittelbaren Besitzers

und des Besitzmittlers zur Sache nur als „Doppelbesitz“ bezeichnen lassen. Ein solcher entspreche durchaus der deutschen Volksanschauung. Das Volk, in dessen Vorstellung Pächter und Mieter Besitzer seien, würde es nicht verstehen, wollte man dem Verpächter und Vermieter den Besitz absprechen; desgleichen wenn man dem Reisenden, der sein Gepäck aufgegeben hat, den Besitz bestreiten wollte. In Wahrheit bestehe in diesen Fällen ein mehrfaches tatsächliches Herrschaftsverhältnis an der Sache. Die tatsächliche Gewalt des Inhabers schließe nicht aus, daß der von diesem anerkannte Besitzherr fort und fort das Bewußtsein seiner Macht behalte und allgemein als Träger einer solchen Macht gelte. Das Band zwischen ihm und der Sache sei vorübergehend gelockert, aber nicht zerschnitten. Daher gebe auch das Gesetz den wirklichen Lebensverhältnissen entsprechend sowohl dem Inhaber als auch dem Oberherrn „Besitz“. Der Besitz dieses Oberherrn sei zwar mittelbar, weil er in gewissem Umfange durch die selbständige Gewalt eines Anderen von der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache abgesperrt sei, und insoweit durch ein Zwischenglied vermittelt werde, aber er sei ein Besitz tatsächlicher Art, weil er eine tatsächliche Macht über die Sache gewähre. Entscheidend für die Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers sei immer die durch ein Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art „fortdauernd behauptete tatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache“. (Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 7) Zwar sei diese Sachherrschaft nicht mit den Sinnen wahrnehmbar, allein die sinnliche Wahrnehmung könne auch darüber nicht Auskunft geben, ob der Inhaber „Besitzer“ oder nur „Besitzdiener“ im Sinne des § 855 sei, ja sie vermöge nicht einmal darüber zu entscheiden, ob überhaupt Inhabung vorliege. Dazu sei vielmehr eine ganze Reihe von Schlußfolgerungen erforderlich. Wenn der mittelbare Besitz auch nur mit dem geistigen Auge wahrnehmbar sei, so verliere er deshalb nichts an Realität.

Gierke gelangt dann mit Recht in sinngemäßer Durchführung seiner Theorie, daß der mittelbare Besitz wahrer Besitz sei, zu der Gewährung sowohl des Selbsthilferechts wie der possessorischen Klagen gegen den Besitzmittler und meint (S. 38) zutreffend, daß das Schweigen des Gesetzes nur die Bedeutung haben könne, daß der mittelbare Besitzer alle Rechte eines Besitzers habe.

Auf demselben Standpunkt wie Gierke steht auch Gaertner, welcher (a. a. O. S. 149) bei Widerlegung der Wendt'schen Theorie ausführt, daß der mittelbare Besitz mehr sei als ein bloßer Restitutionsanspruch und ein bloßes Nebenklagerecht; er sei vielmehr ein wahrer Besitz (Doppelbesitz), der allerdings nur mit dem geistigen Auge unter Würdigung der Lebensverhältnisse wahrgenommen werden könne; dies sei aber die Folge davon, daß der Besitzbegriff ein sozialer Gewaltbegriff sei.

Ebenso hält Kniep, dessen Standpunkt schon wiederholt gekennzeichnet worden ist, den Besitz des mittelbaren Besitzers für einen wahren Besitz und giebt dem mittelbaren Besitzer zum Schutze der ihm verbliebenen Besitzbefugnisse den vollen Besitzschutz.

Auch Becker (Bd. 34 Iherings Jahrbücher Bd. 34 S. 1 ff.) stellt den mittelbaren Besitzer dem Besitzmittler grundsätzlich gleich und gelangt damit ebenfalls zur Gewährung des diesem gegebenen Besitzschutzes.

Fischer, welcher unter Berufung auf § 868 den mittelbaren Besitzer als „Besitzer" in jeder Beziehung behandelt, giebt ihm in seinem B. G. B. (Note 7 zu § 869) an und für sich den Besitzschutz dem Besitzmittler gegenüber, doch sei dabei „zu berücksichtigen, daß auch dieser die Rechtsstellung des Besitzers hat" und im Rahmen dieser Stellung verbotene Eigenmacht dem mittelbaren Besitzer gegenüber nicht begehen könne. Aus dieser Stelle liest Wendt (Archiv f. civ. Prax. Bd. 87. S. 57) heraus, daß Fischer dem Besitzmittler zwar ein selbstständiges Selbsthilferecht gewähren, ihm aber die Besitzklagen versagen wolle, und meint, daß wenn im Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum Mittler das Selbsthilferecht des § 859 zulässig sei, dann erst recht die Besitzklagen gewährt sein müssen.

Diese Deutung ist unrichtig. Indem Fischer den mittelbaren Besitzer als wahren Besitzer behandelt, gewährt er ihm auch sämtliche dem „Besitzer" als solchem zustehenden possessorischen Mittel zum Schutze der ihm verbliebenen Besitzbefugnisse. Es ist das, wie schon erwähnt, lediglich eine Schlußfolgerung aus der Tatsache, daß das Gesetz zwischen dem Besitz des mittelbaren Besitzers und des Besitzmittlers nicht unterscheidet und damit die Rechtsfolgen des einen nicht anders gestalten will als die des anderen. Allerdings wird stets zu berücksichtigen sein, daß der Mittler Besitzer im Sinne des § 854 ist und im Rahmen dieser Besitzerstellung verbotene Eigenmacht nicht begehen kann, da sich der mittelbare Besitzer in diesem Um-

fange seines Besitzes zu Gunsten des Mittlers mit der Wirkung entäußert hat, das ihm insoweit Einwirkungen auf die Sache nicht zustehen. Darnach ergeben sich 2 Besitzsphären, die einander als schutzbedürftig gegenüberstehen. Auf der einen Seite die des Mittlers, welche in der tatsächlichen Sachgewalt im Sinne des § 854 gipfelt und zu der in einzelnen Fällen auch der Gebrauch und die Nutzung der Sache hinzutreten kann, wie z. B. bei Pacht und Nießbrauch, und auf der anderen Seite die Besitzsphäre des mittelbaren Besitzers. Die Grenze der ersteren, oder der „Rahmen", in dem sich der Mittler bewegen soll, wird teils gebildet durch besondere vertragliche Abmachungen. die z. B. den Sachgebrauch beschränken, und durch selbstverständliche Beschränkungen, die im Wesen der im § 868 benannten Rechtsverhältnisse enthalten sind, teils durch das Interesse, welches der mittelbare Besitzer an dem unveränderten Bestehen der Sache hat. Diesem so begrenzten Besitzstande des Mittlers steht derjenige des „Anderen" gegenüber, welcher zwar nicht die tatsächliche Sachinhabung des § 854 in sich begreift, wohl aber sich als eine tatsächliche Macht über die Sache erweist und als der Inbegriff der dem mittelbaren Besitzer trotz Hingabe der Sache verbliebenen Besitzbefugnisse bezeichnet werden kann. Diese Befugnisse sind, wie noch gezeigt werden soll, sehr mannigfach und verfolgen als Endzweck den Schutz des Interesses, das der mittelbare Besitzer an der Erhaltung und dem unveränderten Bestehen der Sache hat. Sie berechtigen ihn zu Eingriffen in den Besitzstand des Mittlers, insbesondere zum Zwecke der Erhaltung und Verbesserung der hingegebenen Sache. Während also der Mittler sich in dem Rahmen des ihm zustehenden Besitzes halten muß — ein gewisses passives Verhalten — und nur in diesem Falle Besitzschutz genießt, äußern sich die Besitzbefugnisse des mittelbaren Besitzers mehr in positiver Weise dadurch, daß er zu Eingriffen in den Besitzstand des Mittlers berechtigt ist. Jede objektiv widerrechtliche Ueberschreitung der Grenzen der einen oder anderen Besitzsphäre muß als verbotene Eigenmacht angesehen werden, und ruft auf der anderen Seite die Besitzansprüche zur Beseitigung der verbotenen Eigenmacht ins Leben.

Wenn die Gegner der vorstehenden Ansicht, daß sich der mittelbare Besitzer und der Mittler als „Besitzer" gegenüberstehen, glauben, verbotene Eigenmacht deshalb nicht annehmen zu dürfen, weil der Mittler dem mittelbaren Besitzer als Besitzer im Sinne

des § 854 gegenüberstehe, so ist mit Gaertner (a. a. O. S. 168) zu erwidern, daß diese Tatsache allein das Vorliegen verbotener Eigenmacht nicht ausschließt, denn nach dem von uns aufgestellten Begriff des Doppelbesitzes ist auch auf der andern Seite Besitz vorhanden, dessen Verletzung möglich ist. In jedem Falle ist aber das Vorhandensein des Besitzes auf Seiten des Mittlers mit Fischer wohl zu berücksichtigen. (Derselben Ansicht auch Meißner, Kommentar zum B.G.B. Sachenrecht Breslau 1901 S. 27).

In welchen Fällen und in wieweit sich der Besitzschutz in dem wechselseitigen Verhältnis der beiden Besitzer betätigen kann, soll im folgenden Kapitel besprochen werden. Hier soll nur der Ansicht Kleins (a. a. O. S. 39) widersprochen werden, der trotz der von ihm vertretenen Fiktionstheorie den mittelbaren Besitzer als dem Mittler gleichberechtigt anerkennt, aber auf ihr beiderseitiges Verhältnis und den sich hieraus ergebenden Besitzschutz die Vorschrift des § 866 über Mitbesitz zur Anwendung bringen will. Nach dieser Bestimmung findet, wenn Mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, in ihrem Verhältnis zu einander Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt.

Die Anwendung dieser Vorschrift erscheint schon deshalb ausgeschlossen, weil das Verhältnis Beider zur Sache in den Fällen des § 868 ein ganz anderes ist als beim Mitbesitz, bei welchem Beide die tatsächliche Sachgewalt des § 854 und den Gebrauch der Sache haben. Dann aber findet nach § 866 Besitzschutz nur insoweit nicht statt, „als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt", also insofern ein Teil den anderen an der Vornahme einer Gebrauchshandlung hindert, weil dann bei Feststellung dieser Grenzen auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zurückgegangen werden müßte und dadurch nur petitorische Elemente in den Streit hineingetragen würden. Soweit es sich aber nicht um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, besonders aber im Falle der vollständigen Verdrängung des Einen, die sich als Besitzentziehung darstellt, findet Besitzschutz auch gegen den Mitbesitzer statt. (Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts und vergleichende Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts S. 695 und 96, Leske: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Preuß. Allgem. Landrechts, Berlin 1899 S. 360 ff. Wolff: Begriff des Besitzes nach B.G.B. J.-D. 1898. Fischer, Anm. 3 zu § 866, Gaertner a. a. O. S. 159). Aber auch

im Falle einer Besitzstörung, die mit Wolff (a. a. O. S. 143 ff.) in einer Ueberschreitung der den Einzelnen zustehenden Besitzbefugnisse zu erblicken ist, wird man dem mittelbaren Besitzer Besitzschutz nicht versagen können. (Näheres cf. Wolff a. a. O.)

Nun können ja bisweilen Fälle vorkommen, bei denen Mitbesitz und mittelbarer Besitz zusammentreffen, so z. B. wenn der Vermieter ein Zimmer des Mieters zum regelmäßigen Durchgang zu benutzen berechtigt ist, und es würde dann auch „soweit es sich um den Gebrauch handelt" hinsichtlich des Mitbesitzes Beider an der Sache der § 866 Anwendung finden (cf. unten S. 45). Der Regelfall ist dies aber nicht, vielmehr werden sich die im § 868 bezeichneten Personen nur in dieser Eigenschaft gegenüberstehen, und dann erscheint die generelle Anwendung des § 866 auf dieses Verhältnis völlig ausgeschlossen.

Zum Schlusse dieser Ausführungen über das Wesen des mittelbaren Besitzes und den ihm gewährten Besitzschutz soll die hier vertretene Auffassung nochmals dahin zusammengefaßt werden, daß der mittelbare Besitz keine Fiktion, sondern ein wahrer Besitz ist. Es steht „Besitzer" dem „Besitzer" gegenüber und jeder widerrechtliche Eingriff des Einen in den tatsächlichen Besitzstand des anderen ist als verbotene Eigenmacht anzusehen und erzeugt auf Seiten des Verletzten den in den §§ 859 ff. gewährten Besitzschutz, also Selbsthilferecht und die Besitzklagen.

Für die Gewährung des Besitzschutzes neben dem aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis sich ergebenden Kontraktsschutze sprechen nicht nur die vorstehenden theoretischen Ausführungen, sondern, wie unten gezeigt werden soll, auch das praktische Bedürfnis.

Cap. II.

Der Besitzschutz des Besitzmittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer.

Wie bereits ausgeführt, richtet sich der in den §§ 859 ff. gewährte Besitzschutz gegen Handlungen verbotener Eigenmacht, d. h. gegen Handlungen, durch welche der Besitzer ohne seinen Willen im Besitze gestört wird, oder durch welche ihm der Besitz entzogen wird (§ 858).

Bei Betrachtung der Stellung, die der Besitzmittler Jedem, auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber, als Inhaber der Sache einnimmt, kann es nicht zweifelhaft sein, wie sich die Eigenmacht gegen seinen Besitzstand äußern kann. Sie wird, wie dies im § 1 gezeigt worden ist, entweder in einer widerrechtlichen Wegnahme der hingegebenen Sache oder in einer unzulässigen Störung des ruhigen Besitzes durch den mittelbaren Besitzer zu erblicken sein, so z. B. in den Fällen, in denen ein Pfandgläubiger die Pfandsache sich widerrechtlich aneignet oder der Vermieter dem Mieter das Gas oder das Wasser absperrt. In beiden Fällen wird, darüber besteht in der Litteratur kein Zweifel, der Mittler die Verletzung seines Besitzstandes bald durch Ausübung des Selbsthilferechts, bald durch Anstrengung der Besitzklagen beseitigen können, denn hier wird an der Verübung verbotener Eigenmacht durch den mittelbaren Besitzer kein Zweifel bestehen können. (Ueber die Art der Geltendmachung des Besitzschutzes cf. oben § 1).

Neben den sich in einem solchen Verhalten des mittelbaren Besitzers offenbarenden unzulässigen Einwirkungen, giebt es, wie schon erwähnt, eine Reihe von zulässigen, die er insbesondere im Interesse der Erhaltung und Verbesserung der Sache vorzunehmen berechtigt ist. Wollte der Mittler auch diesen Eingriffen mit Selbsthilfe entgegentreten, so würde er sich verbotener Eigenmacht schuldig machen, indem er den mittelbaren Besitzer in der Ausübung der ihm zustehenden Besitzbefugnisse hinderte.

Cap. III.

Der Besitzschutz des mittelbaren Besitzers gegenüber dem Besitzmittler.

Die Frage, ob der mittelbare Besitzer dem Besitzmittler gegenüber und umgekehrt dieser gegen jenen verbotene Eigenmacht begehen kann, ist in dem Kapitel I behandelt worden. Ausgehend von der Ansicht, daß sich die beiden Personen als „Besitzer“ gegenüberstehen, mußte hinsichtlich Beider die Frage bejaht werden.

Hier soll zunächst erörtert werden, wie sich die verbotene Eigenmacht, deren Vorliegen Voraussetzung des Besitzschutzes ist, dem mittelbaren Besitzer gegenüber äußern kann. Maßgebend für die Entscheidung dieser nach dem einzelnen Fall zu beurteilenden

Frage wird nach dem Begriff der verbotenen Eigenmacht sein, daß sich die Handlung des Mittlers als eine Ueberschreitung seiner Besitzsphäre darstellt, und geeignet ist, den mittelbaren Besitzer in seiner „Besitzerstellung" zu treffen. Lediglich vertragsmäßige Vereinbarungen zwischen Beiden werden dagegen zur Verneinung des Begriffsmoments der verbotenen Eigenmacht führen müssen. (cf. Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 736 und Gaertner a. a. O. S. 167).

Becker (a. a. O. Bd. 34 S. 69) sieht die verbotene Eigenmacht des Besitzmittlers:

a) in Handlungen, zu denen er weder als Besitzer, noch auf Grund des zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Vertrages berechtigt ist;

b) müsse durch diese Handlungen der Besitz des mittelbaren Besitzers gestört oder entzogen werden.

Als Fälle der Besitzentziehung nennt Becker: Zerstörung, partielles Aufzehren, Uebertragung auf Dritte, auch Durchgehen mit der Sache — Unterschlagung. Er führt als Beispiele an: Ich habe eine verschlossene Kiste Wein hinterlegt und treffe den Verwahrer, wie er sie erbrochen, ein paar Flaschen herausgenommen und eine davon halb geleert hat; oder ich erreiche meinen Bankier im Hamburger-Hafen, wie er den Dampfer nach Süd-Amerika besteigen will, in seiner Reisetasche führt er meine Effekten mit.

Daß in solchen Handlungen nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern vielmehr eine Handlung verbotener Eigenmacht zu erblicken ist, kann bei Betrachtung der von Becker angeführten Beispiele nicht zweifelhaft sein, weil stets, insoweit als die verbotene Eigenmacht vollendet ist, Verlust des Besitzes eintritt.

Aber auch in unberechtigter Benutzung der Sache, d. h. in Handlungen, „zu denen der Mittler weder als Besitzer, noch auf Grund des zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Vertragsverhältnisses berechtigt ist", muß, wenn hierdurch dieser im Besitze gestört und in seiner Besitzerstellung gefährdet wird, eine Handlung verbotener Eigenmacht erblickt werden.

Franz Leonhard, der den mittelbaren Besitz als eine „Zukunftsmacht" bezeichnet hatte, tritt der Ansicht Beckers über die Art und Weise der dem mittelbaren Besitzer gegenüber möglichen verbotenen Eigenmacht insofern bei, als er (a. a. O. S. 75) zugiebt, daß diese Zukunftsmacht durch gegenwärtige Handlungen gefährdet werden könne, so in dem Falle, daß der Verwahrer

mit den Wertpapieren nach Amerika durchgehe und damit dem Hinterleger jede Hoffnung auf künftige Einwirkung benehme. Auch er sieht also in solchen Handlungen einen Eingriff in die als eine „Zukunftsmacht" dargestellte Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers und hätte ihm demzufolge die sonst gegen Eingriffe verbotener Eigenmacht gewährten Besitzschutzbefugnisse zusprechen müssen; er giebt ihm aber nur Kontraktschutz. Auch sieht er in Handlungen, die in einem unzulässigen Gebrauch der Sache bestehen, lediglich Kontraktsverletzungen, nicht aber Besitzstörungen.

Zur Lösung des Widerstreits der beiden Anschauungen können wir auf unsere Ausführungen S. 36 verweisen, daß aus den im § 868 aufgezählten Rechtsverhältnissen nicht nur Vertrags- sondern auch Besitzansprüche entspringen, insoweit der Sachinhaber über seine Befugnisse hinausgeht, und daß hiergegen auch der Besitzschutz gewährt sein muß.

Es könnte höchstens zweifelhaft sein, ob in diesen und anderen Fällen die Geltendmachung des Selbsthilferechts und der Kontraktsklagen nicht auch zum Schutze des mittelbaren Besitzers ausreichen. Hierum handelt es sich aber nicht, sondern um die prinzipielle Frage, ob überhaupt dem mittelbaren Besitzer gegen derartige Eingriffe Besitzschutz gewährt werden kann, eine Frage, die wir bejahen müssen, da wir der Ansicht sind, daß der Vermieter 2c. auch vom Standpunkt des „Besitzers" gegen widerrechtliche Handlungen des Mieters 2c. vorgehen kann und nicht ruhig zuzusehen braucht, wenn seine Sache ihm zerstört oder entfremdet werden soll (cf. auch Gierke, Verhandlungen des 24. deutsch. Juristentages Bd. III. S. 38).

Die von Becker aufgezählten Beispiele verbotener Eigenmacht stellten sich alle als positive Eingriffe in den Besitzstand des mittelbaren Besitzers dar. Aber nicht nur solche Störungs- und Entziehungshandlungen müssen, wie wir oben S. 39 gesehen haben, als Handlungen verbotener Eigenmacht angesehen werden, sondern auch die sich als Besitzstörung darstellende Verhinderung des mittelbaren Besitzers in der Ausübung seiner Besitzbefugnisse, die hauptsächlich auf die Verbesserung und Erhaltung der hingegebenen Sache gerichtet sind. Diese Befugnisse sind verschieden je nach der Art des dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses und haben bald einen größeren bald einen geringeren Umfang. Sie treten im praktischen Leben in sehr vielen Fällen zu Tage und berechtigen den mittelbaren Besitzer, in die Besitzsphäre des Mittlers einzugreifen. Es müsse dem

Vermieter und Verleiher gestattet sein, in den Besitzstand des Mieters und Entleihers einzugreifen, und zwar in einer Weise, die lediglich als Selbstschutz gegen persönliche und sachliche Eingriffe des Entleihers und Mieters aufzufassen ist. Wenn der Pachtbesitzer das Wiesengrundstück umpflüge und beackere oder, Teiche auf ihm anlege, so verändere er nicht nur seinen Gebrauch sondern auch seinen Besitz; er greife aber damit in den Besitz des mittelbaren Besitzers ein, der demgegenüber nun zum Selbstschutz greifen könne. Dem Mieter einer Wohnung seien die vermieteten Räume innerhalb der Außen- und Innenwände des Hauses, die Decken, Oefen, Thüren, Fenster überlassen, und soweit dies erforderlich sei, stehe ihm auch der Mitbesitz der körperlichen Teile zu; soweit aber letztere zur Erhaltung des Hauses notwendig seien, habe der Vermieter ihren Besitz sich vorbehalten. Würde also der Mieter Decken und Wände zerstören, die Fenster aushängen und Regen und Schnee Zutritt gestatten, die Fußböden aufreißen 2c., so würde er nicht blos seinen Gebrauchsbesitz, sondern auch den Besitz des Vermieters verändern, dem er damit das Recht gäbe, gegen solche Handlungen zum Besitzschutz zu greifen. Dasselbe treffe zu bei nur sachlichen Störungen. Ergieße sich z. B. infolge Bruchs des Wasserleitungsrohres das Wasser in Küche und Zimmer des Mieters, so könne der Vermieter selbst gegen den Willen des Mieters auch mit Gewalt in die vermietete Wohnung eindringen und die seinem Besitz drohenden Gefahren beseitigen (cf. Reatz, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 803 ff.).

Gegen alle diese Handlungen des Mittlers, die sich je nach Lage des einzelnen Falles bald als Besitzstörungen, bald als Besitzentziehungshandlungen darstellen, werden auch wir unter den § 1 besprochenen Voraussetzungen dem mittelbaren Besitzer bald das Selbsthilferecht, bald Gerichtshülfe gewähren müssen; jedoch wird sich die Abwehr der Eingriffe des Mittlers verschieden gestalten, je nachdem der mittelbare Besitzer ihm gleichzeitig als Mitbesitzer gegenübersteht oder nicht.

Als Mitbesitzer würde er dem Mittler gegenüberstehen, wenn er sich den tatsächlichen körperlichen Mitbesitz, der sich hauptsächlich in der Mitbenutzung der Sache äußern wird, vorbehalten hätte, z. B. wenn der Verpächter eines Gutes sich den Mitbesitz des Gemüsegartens oder der Vermieter einer Wohnung sich die Mitbenutzung eines Ganges vorbehalten würde. Hier kommt, wie oben S. 40 ausgeführt, Besitzschutz nicht in Frage,

„insoweit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt“. Insoweit aber Besitzstörungen vorliegen, und im Falle der Besitzentziehung muß der mittelbare Besitzer auch durch Gewährung der Besitzschutzmittel geschützt sein. Wann eine Handlung als bloße Gebrauchsübertretung, und in welchen Fällen sie als verbotene Eigenmacht anzusehen ist, läßt sich nur nach dem einzelnen Falle beurteilen. Maßgebend wird stets sein, daß eine bloße Uebertretung der Vertragsbestimmungen den Begriff der verbotenen Eigenmacht nicht erfüllen kann, sondern daß gleichzeitig eine Gefährdung der Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers verbunden sein muß.

Steht der mittelbare Besitzer nur als solcher dem Mittler gegenüber, ohne den Mitbesitz an der Sache zu haben, so muß ihm sowohl im Falle der Besitzentziehung, als auch im Falle der Störung, die insbesondere auch in einem Widerstand des Mittlers gegen die Ausübung der Besitzbefugnisse durch den mittelbaren Besitzer erblickt werden kann, prinzipiell Selbsthilfe- und Klagerecht zustehen.

Im Folgenden sollen beispielsweise einige Fälle an der Hand der im § 868 genannten Rechtsverhältnisse besprochen werden, aus denen ersichtlich ist, wie sich verbotene Eigenmacht seitens des Mittlers dem mittelbaren Besitzer gegenüber äußern kann, und welcher Schutz dem letzteren hiergegen gegeben ist. Bemerkt muß aber schon hier werden, daß sich bei der Vielseitigkeit und Verschiedenheit der hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse die Fälle der verbotenen Eigenmacht nicht erschöpfen und feste Normen für ihre Feststellung nicht aufstellen lassen.

Betrachten wir zunächst das Miets- und Pachtverhältnis, für die hinsichtlich des Kontraktsschutzes dieselben Bestimmungen gelten (§ 581 Abs. 2), so ergiebt sich aus dem Wesen dieser beiden Rechtsverhältnisse, daß es sich bei der Miete um Ueberlassung des Gebrauchs der Sache und bei der Pacht um Ueberlassung des Gebrauchs und Fruchtgenusses handelt. Mit dem Gebrauch ist gleichzeitig für den Mieter und Pächter der Besitz verbunden. Derselbe geht aber nur soweit, „als die Sache oder der Körper des Grundstücks, der Träger der Brauchlichkeit, zu diesem Gebrauch notwendig ist“ (cf. Reatz a. a. O. S. 804). Insoweit dies nicht der Fall ist, tritt eine Beschränkung des Besitzers des Verpächters und Vermieters nicht ein (cf. auch Gaertner a. a. O. S. 168). Daher wird man in dem von

Reatz angeführten Beispiele, daß ein Pächter das Wiesengrundstück in eine Ackerfläche umwandelt, nicht nur einen vertragswidrigen Gebrauch, sondern auch eine Störung des Besitzes des Verpächters erblicken können, ebenso wie in Handlungen des Mieters, der Decken und Wände einreißt, verbotene Eigenmacht gegen den Vermieter erblickt werden muß; denn jede Ueberschreitung der dem Mittler eingeräumten Befugnisse bedeutet einen Eingriff in die Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers.

Nun sind zwar der Vermieter und Verpächter gegen vertragswidrigen Gebrauch der Sache oder des Grundstücks geschützt, indem ihnen sowohl die Vorschriften der §§ 227 ff. über Selbstverteidigung und Selbsthilfe und die aus etwaigen Verschulden des Mittlers sich ergebenden Schadensersatzansprüche zu Gute kommen, als auch indem ihnen im § 550 eine Klage auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauches und zu demselben Zwecke im § 553 ein fristloses Kündigungsrecht gegeben ist. Für die Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks gilt auch im § 583 die besondere Bestimmung, daß der Pächter ohne Erlaubnis des Verpächters Aenderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks nicht vornehmen darf, die auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind. Ferner stünden Vermieter und Verpächter aus den §§ 938, 940 C. P. O. die Möglichkeit zu, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch welche dem Pächter und Mieter das vertragswidrige Handeln bei Strafe verboten wird.

Durch Anwendung dieser Rechtsbehelfe würden in den von Reatz angeführten Beispielen Vermieter und Verpächter wohl auch in der Lage sein, ihre Rechte dem Sachinhaber gegenüber zu wahren, insbesondere auch ein Aufhören des vertragswidrigen Gebrauches herbeizuführen; aber einerseits ist dem Vermieter und Verpächter mehr gedient, wenn man ihnen das an die Beschränkungen des allgemeinen Selbsthilferechts nicht gebundene Recht des § 859 zuspricht, dessen ordnungsmäßige und chikanelose Anwendung durch den stets drohenden Schadensersatz gewährleistet wird; andrerseits sprechen auch praktische Rücksichten für die Gewährung der Ansprüche aus §§ 861, 862 indem, wie Baehr (Archiv f. bürg. Recht Bd. II. S. 124 ff., ebenso Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 29 S. 374 ff.) ausführen, der Vermieter und Verpächter nicht mehr auf die Bestimmungen und Vereinbarungen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zurückzugehen brauchen, was oft bei dessen komplicierter Gestaltung

schwer sein werde, dann aber auch dem anderen Teile die Einreden aus dem materiellen Rechte benommen seien.

Wie Reatz, so hält auch Strohal (in Iherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 374 ff.) die Gewährung des Besitzschutzes, und zwar sowohl des Selbsthilferechts als auch der Besitzklagen, angebracht in den Fällen, in denen „der Nutzbesitzer die Grenzen des Nutzbesitzes offenbar überschreitet". Dies könne dadurch erfolgen, daß er seinen Besitz in räumlicher Beziehung überschreite. Aber auch dann, wenn die ganze Sache im Nutzbesitz stünde, müsse der mittelbare Besitzer zu Einwirkungen auf die Sache in gewissen Beziehungen berechtigt sein, so z. B. zu notwendigen Reparaturen, deren Vornahme der Mieter nicht dulden wolle; weiter müsse der mittelbare Besitzer „bei qualitativen Einwirkungen, z. B. Deteriorisierung eines Gutes, Abholzung eines Waldes 2c. der Volksanschauung entsprechend durch die Gewährung der Besitzschutzmittel geschützt sein."

Wenn Strohal auch in seinem „Sachbesitz" (in Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 135) erklärt, daß er die vorstehenden Ausführungen nur vom Standpunkt der lex ferenda gemacht habe, so giebt er damit doch das Vorliegen eines praktischen Bedürfnisses zu, das bei Grundstücken dringlicher als bei beweglichen Sachen ist. Nach unserer Auffassung von dem Wesen des mittelbaren Besitzes als eines wahren tatsächlichen Besitzes können wir auch de lege lata diesem Bedürfnis Rechnung tragen.

Das praktische Bedürfnis für die Gewährung des Besitzschutzes neben dem Kontraktsschutze zeigt sich besonders in den Fällen, in denen der mittelbare Besitzer ein Interesse der Erhaltung der Sache zu Eingriffen in den Besitzstand des Mittlers schreiten will. Solche Eingriffe werden wir dem Vermieter und Verpächter außer den S. 45 aufgezählten Beispielen noch zubilligen in den Fällen, in denen sie die im Besitze des Mieters befindliche Wohnung oder das verpachtete Grundstück betreten wollen, um sich zu überzeugen, ob Verbesserungen vorzunehmen sind, oder wenn sie vorhandene Schäden, z. B. solche am Dache, ausbessern wollen. Desgleichen muß in dem von Josef (a. a. O. S. 275) angeführten Falle der Vermieter berechtigt sein, eine gesundheitsschädliche Abortsanlage, welche der Mieter benutzt, trotz dessen Widerstandes umzuändern oder durch eine neue zu ersetzen. Ferner wird man dem Vermieter die Befugnis zusprechen müssen, mietslustigen Personen die dem Mieter gekündigt aber

von ihm noch besetzte Wohnung zu zeigen und sie in den Zimmern herumzuführen.

Diese Rechte spricht auch Cosack zutreffend dem Vermieter zu und meint, der Mieter müsse sich die Besichtigung der gekündigten Wohnung durch fremde Personen und das Betreten derselben zum Zwecke der Vornahme von Ausbesserungen gefallen lassen. Woher der Vermieter aber eine solche Befugnis herleiten kann, und welche Rechte ihm für den Fall der Weigerung des Mieters zustehen, sagt Cosack nicht. Aus den Vorschriften der §§ 535 ff. kann der Vermieter jedenfalls diese Befugnisse nicht herleiten und würde bei etwaigem Widerstande seitens des Mieters schutzlos dastehen. Was aber hätte eine solche Befugnis für einen praktischen Wert, wenn sie nicht realisiert, d. h. klagbar geltend gemacht werden kann?

Wir werden in den angeführten Beispielen sagen müssen, daß wenn der Mieter oder Pächter dem Vermieter oder Verpächter das Betreten der Wohnung oder des Grundstücks nicht gestattet oder gar mit Gewalt verhindert, er verbotene Eigenmacht begeht, indem er ihn an der Ausübung seiner Besitzbefugnisse hindert. Hiergegen muß der mittelbare Besitzer Besitzschutz geltend machen können (cf. auch Gierke, Verhandlungen des 24. Juristentages S. 37). So werden wir ihm insbesondere das Selbsthilferecht gewähren müssen, sofern der Mieter das Betreten seiner Wohnung durch den Vermieter zum Zwecke der Ausbesserung des Daches mit Gewalt verhinderte. Hier geht der Mieter über den Rahmen seiner Besitzerstellung hinaus, er überschreitet sowohl seine Gebrauchs- wie seine Besitzbefugnisse und greift durch sein den Bestand und die Beschaffenheit der Sache schädigendes Verhalten auch in die Besitzerstellung des Vermieters ein. Hier muß dieser aus § 859 das Recht haben, mit Gewalt in die Wohnung einzudringen und die notwendigen Verbesserungen vorzunehmen (cf. auch Kniep a. a. O. S. 316).

Dernburg (bürgerliches Recht S. 72) ist der Ansicht, daß dem Vermieter das Recht zum Betreten der vermieteten Wohnung nur zustehe, wenn der Mietsvertrag eine dahingehende Bestimmung enthalte.

Dies würde dem Vermieter solange helfen, als der Mieter dieses Recht beachtet; für den Fall der Zuwiderhandlung wäre der Vermieter dann auf die Kontraktsklage beschränkt. Eine solche Lösung entspricht aber nicht dem praktischen Bedürfnis; vielmehr muß der Vermieter je nach Lage der Sache auch zur

Selbsthilfe greifen können, wenn der Mieter der Ausübung seiner Besitzbefugnisse widerrechtlich entgegentritt.

Natürlich darf der Vermieter die ihm hier zugesprochene Befugnis zum Betreten der im Besitze des Mieters befindlichen Wohnung nicht chikanös anwenden und unter der Behauptung, nach schadhaften Stellen suchen zu müssen, etwa täglich die Wohnung des Mieters betreten. Hier würde er verbotene Eigenmacht begehen, indem er seine Befugnisse überschritte und den Mittler in seinem ruhigen Besitze störte. Demzufolge würde hier umgekehrt der Mieter zur Wahrung seines Hausrechts mittels Selbsthilfe vorgehen können.

Es sollen hier noch zwei praktisch sehr wichtige Fälle behandelt werden, in denen es fraglich erscheinen kann, ob in der Handlung des Mittlers verbotene Eigenmacht zu erblicken und demgemäß Besitzschutz gegeben ist. Der erste Fall ist der, daß der Mieter über die Mietszeit hinaus in dem Besitze der Wohnung bleibt. Hier könne der Vermieter, so führt Dernburg (a. a. O. S. 72) aus, gegen den Mieter mittels Selbsthilfe nicht vorgehen, denn dann würden dadurch die Exmissionsprozesse völlig überflüssig werden. Er beruft sich gegen die Unzulässigkeit des Selbsthilferechts auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen (Bd. 9 S. 58), in welcher festgestellt wird, daß ein Vermieter, der den Mieter durch Aushängen der Fenster zum Räumen gezwungen hatte, durch dieses Verhalten verbotene Eigenmacht verübt habe.

Im römischen Recht wäre ein derartiges Vorgehen dem Vermieter gestattet gewesen (cf. Ziebarth, Realexekution und die Obligation, 1866, S. 11), ebenso war nach Allgemeinem Landrecht der Vermieter zur Selbsthilfe befugt (cf. ob. S. 24), da nach den gesetzlichen Vorschriften der Besitz auch durch Zeitablauf und Eintritt einer auflösenden Bedingung endigte und zum bloßen Gewahrsam wurde (cf. Pr. A. L.-R. I 7, § 131 ff.).

Für das B. G.-B. hatten Jhering und Strohal (cf. Jhering's Jahrbücher, Bd. 29, S. 374 ff.) wegen der außerordentlichen Wichtigkeit dieser Frage reichsrechtliche Normierung vorgeschlagen, weil ein Außerachtlassen der gesetzlichen Normierung zu schweren Schädigungen des Rechtslebens führen könnte. Durch verspätete Einräumung der Wohnung würden zahlreiche Hintermänner in Mitleidenschaft gezogen und das Interesse des Vermieters oft in schwerster Weise geschädigt.

Das B. G.-B. hat eine Entscheidung der Frage nur insofern getroffen und den Vermieter geschützt, als es ihm im § 556 eine Räumungsklage giebt — dieselbe steht auch dem Verpächter zu —, und ihm im § 557 die Befugnis zuspricht, für die Dauer der Vorenthaltung die vereinbarte Vergütung zu fordern.

Mit der Räumungsklage würde, was zugegeben wird, der Vermieter bezw. Verpächter in den Stand gesetzt sein, die Sache bezw. das Grundstück wiederzuerlangen. Das Selbsthilferecht des § 229 könnte er aber der fehlenden Voraussetzungen wegen nicht in Anwendung bringen.

Es soll nun untersucht werden, ob sich das Verhalten des Besitzmittlers auch als verbotene Eigenmacht darstellt und hiergegen dem anderen Teile Besitzschutz gewährt ist. Zu diesem Zwecke müssen wir das Verhalten des Mieters oder Pächters, die nach Ablauf der für den Besitz bestimmten Zeit im Besitze bleiben, nach zweifacher Richtung betrachten. Einmal können der Mieter und Pächter erklären, sie wollten weiter den Besitz der Sache als Mieter und Pächter haben, oder wären hierzu auch berechtigt, da die vereinbarte Zeit noch nicht abgelaufen sei. Das andere Mal können sie erklären, sie wollten für sich die Sache bezw. das Grundstück besitzen und erkennten den Vermieter und Verpächter in dieser Eigenschaft nicht mehr an.

Im ersteren Falle ist der Besitz des Vermieters und Verpächters unangetastet, denn der Inhaber der Sachgewalt hat ja dieselbe nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt und erkennt auch den Besitz des mittelbaren Besitzers an. Er handelt nur insofern widerrechtlich, als er der die Besitzzeit regelnden Vertragsbestimmung entgegen im Besitze bleibt und dadurch eine bloße Vertragsverletzung begeht. Insofern ist auch Strohal (cf. Sachbesitz, Bd. 38, S. 122) beizutreten, als er hier die Klage aus § 861 versagt. (cf. auch Künkler a. a. O., S. 7.) Hier fehlt jeder Eingriff verbotener Eigenmacht und kann nur durch ein Zurückgehen auf die Bestimmungen des zu Grunde liegenden Mietsvertrages mit der Räumungsklage des § 556 die Exmission des Mieters bezw. Pächters herbeigeführt werden.

Anders gestaltet sich der Fall, wenn der Mieter und Pächter erklären, oder durch Handlungen zum Ausdruck bringen, daß sie selbst Eigenbesitzer sein wollen. Mit dieser Weigerung hören sie auf, Besitzmittler zu sein, denn sie wollen nicht mehr „als Nießbraucher ꝛc.“ besitzen (Strohal a. a. O. S. 112). „Durch das „als“ wird ein subjektives Erfordernis aufgestellt

und in demselben Sinne müssen auch die Worte „oder in einem ähnlichen Verhältnis“ ausgelegt werden“ (Planck a. a. O. Bd. III S. 57. Anm. 3 b β). Dieses subjektive Erfordernis falle aber weg, wenn der Mittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber den Willen erkläre, für sich oder einen Anderen besitzen zu wollen. Wenn der Mieter erkläre, er erkenne das Mietsverhältnis nicht an, da er in Erfahrung gebracht habe, daß er Eigentümer sei, endige das Mietsverhältnis und damit der mittelbare Besitz. (Planck ebenda.)

Für die Ansicht, daß durch ein derartiges Verhalten der mittelbare Besitz endige, spricht auch, daß der Entwurf I § 813 Abs. 2 (Motive Bd. III S. 107, 108) bestimmte, daß durch eine Erklärung des Inhabers der Sache dem Besitzer gegenüber, er wolle die tatsächliche Gewalt nicht mehr für diesen, sondern für sich oder einen Anderen haben, der „Besitz“ beendigt werde. Wenn diese Bestimmung im Gesetze nicht Aufnahme gefunden hat, so lag das daran, weil man diese Tatsache für selbstverständlich hielt. Hiernach wird man sowohl in solchen Erklärungen als auch ganz besonders in Verfügungen, welche der Mittler sich wie ein Eigentümer aufspielend, vornimmt, den Verlust des mittelbaren Besitzes erblicken können. (Näheres cf. Strohal, Sachbesitz, Bd. 38, S. 110 ff. u. Gierke, Verhandlungen des 24. Deutsch. Juristen-Tages Bd. III S. 37.)

Gegen den auf solche Weise herbeigeführten Besitzverlust muß dem mittelbaren Besitzer aber auch der Anspruch aus § 861 wegen Besitzentziehung gewährt sein. Ebenso wie der Besitzdiener des § 855, der sich Eigenbesitz anmaßt, fehlerhaft besitzt und gegen seine Eigenmacht die Besitzklage des § 861 angestrengt werden kann (cf. auch Strohal Bd. 38, S. 122), so muß auch der Besitz des Mieters und Pächters, die sich in Eigenbesitz setzen, fehlerhaft sein und mit der Besitzklage beseitigt werden können. Besonders wichtig erscheint die Gewährung des Besitzschutzes in den Fällen, in denen der Mittler Verfügungen über die Sache trifft, z. B. wenn der Mieter die Sache an einen Dritten zum Pfande giebt. Hier steht dem mittelbaren Besitzer sowohl gegen den bisherigen Besitzer als auch gegen den etwa fehlerhaft besitzenden Dritten (§ 859 Abs. 2) die Klage aus § 861 zu.

Das Selbsthilferecht aus § 859 werden wir in dem hier zur Behandlung stehenden Falle, daß der Mieter sich Eigenbesitz anmaßt, deshalb nicht zur Anwendung gelangen lassen, und

hierin stimmen wir Dernburg bei, weil hier durch die Handlung des Mittlers ein endgültiger und vollständiger Besitzverlust und nicht nur eine vorübergehende Behinderung in der Ausübung des Besitzes eingetreten war. (Anderer Meinung Strohal in Jhering's Jahrbüchern Bd. 29 S. 377 ff., welcher vom Standpunkt der lex ferenda sogar in diesem Falle das Selbsthilferecht des § 859 zuläßt.)

Ein weiterer praktisch ebenso wichtiger Fall ist die Behandlung der Untermiete bezw. Unterpacht. Dieselbe wird zwar in den §§ 549, 581 Abs. 2 durch die Vorschrift verboten, daß ohne Erlaubnis des Vermieters und Verpächters der Gebrauch der Sache einem Dritten nicht überlassen und die Sache nicht weiter vermietet oder verpachtet werden darf. Bei einer Zuwiderhandlung steht dem Vermieter bezw. dem Verpächter aus §§ 549, 553 auch ein fristloses Kündigungsrecht zu.

In Frage stehen bei der Untermiete drei Personen: der Vermieter, der Untervermieter und der Untermieter. Denken wir nun an den Fall, daß es einen Mieter in einem vornehmen Hause einfallen würde, Zimmer an bescholtene Frauenspersonen zu vermieten, dann muß der Vermieter, da eine solche Tatsache geeignet ist, sein Interesse zu schädigen, indem sich viele Personen abhalten lassen würden, in einem solchen Hause Wohnung zu nehmen, das Recht haben, den Untermieter mit Gewalt am Einziehen zu hindern (cf. auch Kniep a. a. O. S. 315). Ist der Untermieter bereits eingezogen, giebt gegen ihn Gierke (a. a. O. Verhandlungen des 24. Juristentages S. 37) dem Vermieter die Klage aus § 862 wegen Besitzstörung. Dies sind die Rechte des mittelbaren Besitzers gegen den Dritten. Für die Gewährung des Besitzschutzes dem Mieter — Besitzmittler — gegenüber wird wieder wie in dem Beispiel, bei dem der Mieter nach Ablauf der Mietszeit die Räumung der Wohnung verweigerte, in Frage kommen, ob der Mieter durch die Untervermietung sich als Eigenbesitzer aufspielen und damit dem Vermieter den Besitz absprechen wollte, oder ob er dies nicht beabsichtigte. Im ersteren Falle ist der Besitz durch die widerrechtliche Handlungsweise des Mieters für den Vermieter verloren gegangen und hiergegen die Besitzklage aus § 861 begründet. Im letzteren Falle maßt der Mieter sich nicht Eigenbesitz an und begeht lediglich eine Uebertretung der Vorschrift des § 549, der ihm die Untermiete untersagte. Hiergegen steht dem Vermieter nur der kontraktliche Schutz zu (§§ 549, 553).

Analoge Fälle wie beim Miets- und Pachtvertrage, in denen Besitzschutz stattfinden muß, finden sich auch bei den anderen im § 868 aufgeführten Rechtsverhältnissen. Wie bei Miete und Pacht so werden auch beim Nießbrauch und der Leihe und den diesen ähnlichen Rechtsverhältnissen Sachen zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassen, und es wird den Sacheigentümern dadurch Vertragsschutz gewährt, daß im Wesentlichen vertragswidrige Einwirkungen auf die Sache, insbesondere auch die Weitergabe der Sache an Dritte verboten werden (cf. z. B. §§ 603, 1036 ff.). Dieses Verbot und das hieraus folgende Klagerecht allein ist aber kein genügend praktischer Schutz für die Hingeber der Sache. Praktischer ist schon das dem Verleiher im § 605 Nr. 2 gewährte Kündigungsrecht, das ihm dann zusteht, wenn der Entleiher die Sache unbefugt einem Dritten überläßt oder einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb nicht der Nießbrauchsbesteller für den Fall, daß der Nießbraucher eines Waldes (§ 1038) mit der Abholzung des Waldes beginnt, und der Verleiher eines Renn-Pferdes, welcher sieht, wie der Entleiher das Tier als Zugtier benützt, nicht auch von dem Besitzschutz Gebrauch machen sollen. In diesen Fällen liegt nicht nur eine Gebrauchsüberschreitung, sondern auch ein Eingriff in die Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers vor, durch den diese gefährdet oder gar in Frage gestellt wird. Gegen diese Handlungen verbotener Eigenmacht kann er sich mit Gewalt erwehren (§ 859). Aber auch dann, wenn sich der Nießbraucher und Entleiher wie Eigentümer der Sache benehmen und über die Sache verfügen, werden wir, wie dies bei Miete und Pacht bereits besprochen worden ist, zur Zubilligung des Besitzschutzes aus § 861 gelangen müssen.

Was dann endlich den im § 868 an letzter Stelle genannten Verwahrungsvertrag anlangt, dessen besondere Regelung im §§ 688 ff. enthalten ist, so ergiebt sich zunächst als wesentlicher Inhalt: Die Verpflichtung des Verwahrers, die hinterlegte Sache zu verwahren und sie nach Ablauf der für die Verwahrung bestimmten Zeit, oder sofern eine solche nicht bestimmt ist (§ 696), jederzeit auf Verlangen des Hinterlegers zurückzugeben. Durch den Empfang der Sache auf Grund des Verwahrungsvertrages wird der Verwahrer Besitzmittler, während der Hinterleger mittelbarer Besitzer wird. Der Besitz des Mittlers erschöpft sich lediglich in der Verpflichtung, die Sache aufzubewahren, d. h. die gesicherte Unterbringung der Sache zu

bewirken und sie in dieser Verfassung zu behüten. Weiter gehen seine Besitzbefugnisse nicht. Insbesondere soll der Mittler zum Gebrauch der Sache nicht berechtigt sein. So wesentlich diese Beschränkung ist, so hat sie doch im Gesetz keine ausdrückliche Aufnahme gefunden. Zwar wird man aus der Vorschrift des § 698, wonach der Verwahrer, der hinterlegtes Geld für sich verwendet, zur Verzinsung vom Tage der Verwendung an verpflichtet sein soll, auf die Absicht des Gesetzes, dem Verwahrer den Gebrauch der Sache nicht zu gestatten, schließen können; jedenfalls sucht man aber vergeblich nach einer Bestimmung, nach welcher für den Fall, daß der Verwahrer die Sache in Gebrauch nimmt, ein klagbarer Anspruch analog dem im § 550 gegebenen gewährt sein soll. Und doch giebt es zahlreiche Beispiele, in denen die Notwendigkeit eines solchen Schutzes vorzuliegen scheint. Becker (Bd. 34 S. 69) nennt als solche: Der Verwahrer giebt meine in seinem Besitz befindlichen Perlenschnüre seiner Frau und Tochter zum Tragen; oder er vermietet sie an Dirnen; er benutzt meine Pistolen, reitet meine Pferde oder benutzt die in seinem Besitz befindliche Equipage zu Lohnfuhren.

In allen diesen Fällen stellt sich die Handlungsweise des Verwahrers als eine solche verbotener Eigenmacht dar, indem er seine Besitzbefugnisse offenbar überschreitet. Hiergegen muß mit Becker dem mittelbaren Besitzer Besitzschutz prinzipiell zugestanden werden. Es wird allerdings nicht verkannt, daß durch die Bestimmung des § 695, daß der Hinterleger die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern könne, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt sei, dem Hinterleger geholfen wäre. Dies hat aber zur Voraussetzung, daß der Verwahrer die Sache freiwillig herausgiebt. Weigert er sich dessen und maßt sich Eigenbesitz an, dann wird dem Hinterleger analog den Seite 51 gemachten Ausführungen die Geltendmachung des Besitzschutzes aus § 861 zugestanden werden müssen.

Die in diesem Kapitel gemachten Ausführungen dienten lediglich zum Beweise dafür, daß sich die verbotene Eigenmacht seitens des Mittlers dem mittelbaren Besitzer gegenüber in derselben Weise wie im umgekehrten Verhältnis, nämlich durch Besitzstörung und Besitzentziehung, betätigen kann, und daß der mittelbare Besitzer wie in jeder anderen Beziehung, so auch hinsichtlich des Besitzschutzes dem Mittler gleichgestellt ist. Zu diesem Ergebnis waren wir nicht nur auf Grund der theoretischen Ausführungen über das Wesen des mittelbaren Besitzes, sondern

auch aus praktischen Rücksichten gelangt. Gerade das in so vielen Fällen hervortretende praktische Bedürfnis für Gewährung des vollen Besitzschutzes und dessen leichtere Handhabung sprechen gegen die von den Gegnern zum Beweise ihrer Anschauung angeführten Stellen in den Protokollen und der Denkschrift (cf. oben S. 31) und wir können uns hier Kniep (a. a. O. S. 320) anschließen, welcher dieser Auffassung dahin Ausdruck giebt: „Die Protokolle und die Denkschrift können nicht ausschlaggebend sein, wo Bedürfnisse des Lebens Befriedigung erheischen" und das Gesetz eine andere Meinung zuläßt.

Zum Schluß soll hier noch kurz auf die Frage eingegangen werden, ob in dem Verhältnis des Mittlers zum mittelbaren Besitzer und in dem umgekehrten Verhältnis auch der Abholungsanspruch des § 867 (cf. oben S. 18 ff.) in Anwendung kommen kann.

Diese Frage werden wir nur in der Richtung des Besitzmittlers zum mittelbaren Besitzer bejahen können, weil nach dem Wortlaut des Gesetzes „die Sache aus der Gewalt des Besitzers", d. h. aus der Gewalt im Sinne des § 854, auf ein fremdes Grundstück gelangt sein muß, und nach der von uns vertretenen Auffassung nur der Besitzmittler als „Besitzer im Sinne des § 854" anzusehen ist. Er würde für den Fall, daß die in seinem Besitze befindliche Sache auf das Grundstück des mittelbaren Besitzers zurückgelangte, den Abholungsanspruch in der § 1 dargestellten Weise geltend machen können.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 23. Mai 1877 zu Neiße als Sohn des Architekten und Stadtrats Albert Franke und seiner Ehefrau Clara geb. Kitzel. Ich besuchte in Neiße von 1883—1887 die katholische Volksschule, von 1887—1890 das städtische Realgymnasium und von 1890—1897 das Königl. Gymnasium, das ich Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um Rechtswissenschaft zu studieren. Ich besuchte nach einander die Universitäten Freiburg i/B., Halle a/S. und Breslau und hörte bei den Professoren: Eisele, Schmidt, Endemann, Lastig, von Liszt, Stammler, Stein, Beling, Brie, Dahn, Fischer, Jakobi, Joers, Leonhard, denen ich allen hiermit meinen ergebensten Dank ausspreche.

Am 7. Juli 1900 bestand ich in Breslau das Referendarexamen und am 31. Juli 1900 das Rigorosum.

Der Verfasser.

Thesen.

1. Der Vermieter hat gegenüber dem Mieter nicht nur Kontrakts-, sondern auch Besitzschutz.
2. Die Wandlung wird nach § 465 B. G. G. durch Vertrag vollzogen.
3. Der § 869 B. G. B. erschöpft nicht die Rechte des mittelbaren Besitzers.